AUFHEBUNG DES TESTAMENTS
NACH DEM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

RODERICH HUCH
REFERENDAR IN BRAUNSCHWEIG.

BORNA-LEIPZIG
BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE
1906.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
	Literatur	V
	Einleitung	1
I.	Geschichtliche Einführung	3
	A. Widerruf nach römischem Recht	3
	B. Widerruf nach deutschem Recht	12
II.	Aufhebung durch Widerruf	16
	A. Voraussetzungen des Widerrufs	16
	B. Die verschiedenen Widerrufsarten	21
	1. Widerruf durch Testament	21
	2. Widerruf nach § 2255	25
	3. Widerruf nach § 2256	35
	4. Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments	46
	5. Widerruf durch testamentarische Verfügung im Erbvertrag nach § 2299	58
	C. Wirkungen des Widerrufs	61
III.	Aufhebung durch neue Testamentserrichtung	63
IV.	Aufhebung durch Erbvertrag	67

Literaturverzeichnis.

Bluntschli, Deutsches Privatrecht. 3. Aufl. München 1864.

Böhm, Das Erbrecht des BGB. von J. Böhm. 2. Aufl. Hannover 1900.

Brock, Das eigenhändige Testament, Darstellung seiner geschichtlichen Entwicklung sowie seiner Voraussetzungen und Wirkungen nach dem BGB., von Walter Brock. Berlin 1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts von Conrad Cosack. Bd. 2. Jena 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens von Dr. Heinrich Dernburg. Bd. 5.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Dr. F. Endemann. Bd. 3. Berlin 1899.

Frommhold, Kommentar zum BGB., herausgegeben von Biermann, Blume, Frommhold, Gareis usw. Das Erbrecht von Frommhold. Bd. 5. Berlin 1900.

Fuchs, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898, erläutert von A. Fuchs. Leipzig 1900.

Hellmann, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von Dr. A. von Bechmann, F. Hellmann, K. v. Maurer, M. von Seydel, E. Ullmann. 3. Folge. Bd. 3. Freiburg i. B., Leipzig, Tübingen 1897.

Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht von Hermann Jastrow. 14. Aufl. Berlin 1903.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. von Dr. Ludwig Kuhlenbeck. 3. Teil. Berlin 1901.

Küntzel, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgegeben von Dr. Rassow, Dr. Küntzel, Dr. Eccius. 6. Folge. Jahrg. 1. Berlin 1897.

Landsberg, Das Recht des BGB. Ein dogmatisches Lehrbuch von Dr. Ernst Landsberg. 2. Hälfte. Berlin 1904.

Lehmann, Das bürgerliche Recht von Enneccerus und H. O. Lehmann. Bd. 2. Marburg 1900.

Löwenwald, Das gemeinschaftliche Testament im BGB. für das Deutsche Reich mit eingehender Berücksichtigung der bisherigen Rechtssysteme von Dr. L. Löwenwald. Berlin 1899.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Dr. Bernhard Matthiaß. Bd. 2. 4. Aufl. Berlin 1900.

Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB. für das Deutsche Reich von Dr. E. Meischeider. Leipzig 1900.

Mühlenbruch, Glücks Pandekten, fortgesetzt von Mühlenbruch. Teil 38 u. 39. Erlangen 1835, 1837.

Neumann, Handausgabe des BGB. für das Deutsche Reich, bearbeitet von Dr. Hugo Neumann. Bd. 2. 4. Aufl. Berlin 1905.

Pelarius, Das Erbrecht, erläutert von R. Pelarius. Stuttgart 1899.

Pfaff-Hoffmann, Kommentar zum österreichischen allgemeinen BGB. von Pfaff und Hoffmann. Bd. 2. Wien 1877.

Planck, BGB. nebst Einführungsgesetz, erläutert von Planck. 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 (außer Abschnitt 9) von Amtsrichter F. Ritgen.

Scherer, Erbrecht des BGB. für das Deutsche Reich von Dr. R. Scherer. Erlangen 1900.

Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte von Dr. Richard Schröder. 4. Aufl. Leipzig 1902.

Sintenis, Das praktische allgemeine Zivilrecht. Bd. 3. 2. Aufl. Leipzig 1861.

Staudinger, Kommentar zum BGB. nebst Einführungsgesetz von Staudinger. Erbrecht, erläutert von Dr. Felix Herzfelder. Bd. 5. München 1902.

Strohal, Das deutsche Erbrecht von Dr. Emil Strohal. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1903.

Unger, Das österreichische Erbrecht. 3. Aufl. Leipzig 1879.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten von Dr. Karl Adolf von Vangerow. Bd. 2. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1876.

Wilke, Das BGB. nebst EG. mit Kommentar in Anmerkungen, herausgeg. von Wilke, Koffka, Reatz, Neumann. Bd. 5. Berlin 1900.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts von Windscheid. Bd. 3. 8. Aufl. Unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1901.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit. Bd. 2. Nr. 12, 13. 1901.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken“ (Berlin 1905, Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

Einleitung.

Aufhebung eines Testaments bezeichnet die Bewirkung der Unwirksamkeit eines Testaments oder einer einzelnen testamentarischen Verfügung durch eine letztwillige Verfügung des Erblassers.

Handelt bei der Errichtung der Erblasser ausschließlich mit dem Willen, sein Testament aufzuheben, so erfolgt die Aufhebung kraft seines Willens durch Widerruf.

Handelt der Erblasser, ohne einen auf die Aufhebung einer früheren Verfügung gerichteten Willen zum Ausdruck zu bringen, mit dem Willen, ein neues Testament oder einen Erbvertrag zu errichten, so erfolgt die Aufhebung eines früheren Testaments kraft Gesetzes gemäß §§ 2258 bezw. 2289 BGB. durch Neuerrichtung eines Testaments bezw. eines Erbvertrages.

Die Aufhebung durch Testamentserrichtung oder durch Erbvertrag begreift jedoch nicht notwendig den Widerrufswillen des Erblassers in sich; die Aufhebung wird nicht etwa durch konkludente Erklärung des Erblassers bewirkt, tritt vielmehr ausschließlich infolge der neuen Testaments- oder Erbvertragserrichtung kraft gesetzlicher Vorschrift ein. So erfolgt die Aufhebung einer früheren testamentarischen Verfügung, die der Erblasser bei Errichtung eines späteren Testaments vielleicht übersehen hat, durch die Errichtung dieses späteren Testaments, wenn sie mit einer Verfügung dieses Testaments in Widerspruch steht (§ 2258, 1); ob der Erblasser sie aufheben wollte oder nicht, ist hierbei gleichgültig.

Ein prinzipieller Unterschied, wie Endemann meint, besteht zwischen Aufhebung und Widerruf nicht, wohl aber ein sprachlicher: Die Aufhebung bezeichnet die Bewirkung der Un-

wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung durch einen Willensakt des Erblassers, und der Widerruf bezeichnet eine Kategorie dieser die Aufhebung bewirkenden Akte. So definiert auch Böhm S. 202: „Neben dem einfach verneinenden Widerruf kommt als weitere Aufhebungsart in Betracht die Errichtung eines neuen Testaments.“ Diese Unterscheidung ist in der Literatur wenig beachtet, die meist die Aufhebung als Unterart des Widerrufs bezeichnet, wie z. B. Kuhlenbeck S. 290; Lehmann S. 767; Landsberg S. 1088, 2a, welche vom Widerruf durch Errichtung eines neuen Testaments oder Erbvertrages positiven Inhalts sprechen, während in Wirklichkeit eine Aufhebung vorliegt.

Endemann S. 213 Anm. 7 und S. 214 Anm. 8 macht dem Bürgerlichen Gesetzbuch den Vorwurf, es führe die Unterscheidung zwischen Widerruf und Aufhebung nicht durch, indem § 2258 Abs. 2 vom Widerruf handele und auf die Aufhebung passe, jedoch auf den Widerruf nicht. Der Vorwurf ist nur insofern gerechtfertigt, als allerdings die im Abs. 2 des zit. Paragraphen festgelegte Bestimmung, daß ein früheres Testament wieder auflebe, wenn das spätere widerrufen würde, auch gilt, wenn das spätere Testament, z. B. durch Errichtung eines neuen Testaments, aufgehoben wird, und dieses aus dem Abs. 2 nicht ohne weiteres hervorgeht.

Die Meinung Endemanns aber, daß die Bestimmung auf den Widerruf überhaupt nicht passe, am allerwenigsten für die Fälle der §§ 2255, 2256, ist irrtümlich, denn jede Art des Widerrufs des späteren Testaments, sei es nach §§ 2254, 2255 oder 2256, bewirkt das Wiederaufleben des früheren Testaments; ist aber dieses frühere Testament schon durch Vernichtung der Urkunde widerrufen, so steht dem Wiederaufleben dieses vernichteten Testaments der § 2257 entgegen, der dem Widerruf des Widerrufs nur dann Rechtswirkung beilegt, wenn der frühere durch Testament erfolgt ist.

Unrichtig ist auch die Unterscheidung zwischen Aufhebung mit Willen und Aufhebung ohne Willen des Erblassers, welche Böhm S. 198 und S. 203 macht. Böhm unterstellt hier der Aufhebung ohne Willen des Erblassers z. B. die Nichtigkeit eines

Testaments wegen Formmangels oder die durch Anfechtung eines Dritten herbeigeführte Unwirksamkeit des Testaments. Ein solches Testament gilt jedoch als überhaupt nicht errichtet, während die Aufhebung eines Testaments immer nur relativ wirkt, d. h. nur insoweit, als die aufhebende Verfügung fortbesteht, so daß z. B. ein früheres Testament wieder auflebt, wenn das spätere Testament auf irgend eine Weise, durch Nichtigkeit oder Widerruf, unwirksam wird.

Vielmehr ist daran festzuhalten, daß eine Aufhebung ohne den Willen des Erblassers unmöglich ist; nur braucht dieser Wille sich nicht auf die Aufhebung selber zu beziehen, sondern nur den Bestand einer neuen Verfügung im Auge haben, welcher das Gesetz aufhebende Wirkung beilegt.

I. Geschichtliche Einführung.

A. Widerruf nach römischem Recht.

Nach römischem Recht bedeutet Testament eine letztwillige Verfügung, in der die Ernennung eines Erben enthalten sein muß. Der Begriff der letztwilligen Verfügung schließt die Möglichkeit eines Widerrufs — revocatio testamenti — von selbst in sich. Der Widerruf ist daher auch grundsätzlich ohne Einschränkung möglich. Die sogen. clausula derogatoria, d. h. die Bestimmung, daß ein künftiger Widerruf im voraus für ungültig erklärt und das frühere Testament durch keine spätere Disposition geändert oder aufgehoben werden könne, konnte das Recht des Erblassers, sein Testament aufzuheben, nicht beschränken. In Zeiten des gemeinen Rechts wurden in dieser Beziehung mancherlei Streitfragen aufgeworfen, z. B., ob der Erblasser nicht bestimmen könne, daß künftig angeordnete Vermächtnisse nicht gelten sollten, oder ob er nicht bestimmen könne, künftige Testamente sollten nur gelten, wenn sie in einer von ihm bestimmten Form errichtet würden. Derlei Fragen erledigen sich im Grunde durch folgenden Schluß: jeder Wille des Erblassers muß berücksichtigt werden, mithin auch die Verfügung, daß ein künftiges Testament in irgend einer

bestimmten Form errichtet werden müsse; aber immer geht der letzte Wille dem früheren vor. Findet sich daher der früheren Verfügung zuwider ein späteres Testament in einer anderen als der vorher bestimmten Form vor, so fragt es sich, ob nicht anzunehmen sei, daß der Erblasser die frühere Bestimmung durch Errichtung des späteren Testaments stillschweigend widerrufen habe. Die Vermutung spricht wohl immer für die Gültigkeit späterer Testamente.

Die Möglichkeit eines Beweises, daß der Erblasser die frühere Verfügung aufrechterhalten wollte, mithin gar nicht den Willen hatte, das spätere Testament gültig zu errichten, steht natürlich offen, kann aber gar nicht als Ausnahmebestimmung gelten, da gegen den Willen des Erblassers überhaupt kein Testament aufrechterhalten werden kann, indem der Wille, ein gültiges Testament zu errichten, zum Tatbestande der Testamentserrichtung gehört.

Die Eigentümlichkeit des römischen formalistischen Rechts und insbesondere des Testamentsrechts machte aber lange Zeit hindurch einen reinen Widerruf, d. h. eine Aufhebung ohne neue Erbeinsetzung, unmöglich. Nach römischem Recht ist das Testament nicht wie im deutschen Recht eine letztwillige Verfügung im allgemeinen, die eine Erbeinsetzung enthalten „kann", sondern vielmehr eine letztwillige Verfügung, in der die Einsetzung eines Erben enthalten sein „muß".

Im deutschen Recht existiert eine technische Unterscheidung zwischen Testament und Kodizill nicht. Vielmehr war die Errichtung eines Testaments unter Einsetzung eines Erben noch bis in die Zeit der Rezeption hinein unmöglich, indem das Vermögen als der Familie und nicht dem einzelnen gehörig betrachtet wurde. Das hatte eine natürliche Bevorzugung der Intestaterbfolge gegenüber der Erbfolge durch Testament zur Folge, was noch im Bürgerlichen Gesetzbuch durch die strengen Formvorschriften, welche die Testamentserrichtung aufweist, erkennbar ist.

Im römischen Recht herrscht keine Bevorzugung der Intestaterbfolge; die Erbfolge durch Testament nach dem Willen des Erblassers stellt vielmehr die aus der unbeschränkten Macht des pater familias über sein Vermögen naturgemäß folgende

Art der Erbberufung dar. Das Testament war eine lex specialis, die die gesetzlichen Bestimmungen über die Erbfolge vollständig beseitigte, so daß diese überhaupt nicht mehr Platz greifen konnten — nemo pro parte usw. —, und diese lex konnte nur durch eine neue lex wieder aufgehoben werden: omnia, quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt (C. 100 D. de regul. jur.). Dieser Satz bezieht sich nicht nur auf die Rechtsform, sondern auch darauf, daß Rechtsgeschäfte regelmäßig durch einen gleichartigen Rechtsakt aufgehoben werden: nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est (C. 35 D. de regul. jur.). Hieraus folgt zunächst, daß der Erblasser, hatte er einmal ein Testament gemacht, dieses nicht einfach widerrufen, sondern nur durch ein neues Testament aufheben konnte, und zweitens, daß, da ein Testament die Einsetzung eines Universalerben forderte, dem Testator die Möglichkeit genommen war, den Zustand wiederherzustellen, der vor der Errichtung des Testaments herrschte. Erst nachdem im Jahre 418 n. Chr. der Kaiser Honorius bestimmt hatte, daß ein Testament nach 10 Jahren von selber seine Gültigkeit verlieren sollte, und Justinian diese Konstitution dahin geändert hatte, daß ein Testament als widerrufen gelten sollte, wenn der Widerruf vor mindestens drei Zeugen oder zu richterlichem Protokoll erklärt sei, vorausgesetzt jedoch, daß seit der Errichtung des früheren Testaments 10 Jahre verflossen seien, wurde eine gesetzliche Form des reinen Widerrufs geschaffen. Die immerhin sonderbar anmutende Anknüpfung Justinians an die Verordnung des Kaisers Honorius hat vielfach zu der Annahme geführt, daß aus einem einfachen Widerrufe ohne Ablauf von 10 Jahren wenigstens die exceptio doli gegen die Testamentserben stattfinden solle (Puchta § 484f.; Vangerow S. 209,1). Hierfür sind jedoch keine Anhaltepunkte vorhanden. Die Analogie aus dem Widerrufe von Vermächtnissen genügt nicht; der Grundsatz: „hereditas adimi non potest“ muß gewahrt bleiben.

Daß der Widerruf im Gegensatz zur Aufhebung durch neues Testament bis in die späteste römische Zeit hinein entweder ganz oder doch beinahe unmöglich war, ist ein Beweis einmal

für die Abneigung des römischen Rechtsgefühls gegen die Intestaterbfolge, die gleichsam nur als Notbehelf angesehen wurde, und zweitens für ihr außerordentlich formales Rechtsgefühl. Dieses sträubte sich dagegen, daß ein Rechtsakt anders als durch einen gleichartigen Rechtsakt aufgehoben werden solle. Daß sie die testamentarische Einsetzung von Intestaterben bevorzugten, wie z. B. durch die Bestimmung, daß ein unvollendetes Testament dann das frühere aufzuheben fähig sein solle, wenn in dem späteren Testament Intestaterben eingesetzt seien, in dem früheren nicht, und wenn fünf beeidete Zeugen die Richtigkeit des späteren Testaments beschwören könnten, spricht nicht gegen das Gesagte.

Aber eine Ausnahme mußte auch das römische Recht von dieser Regel machen: beim Widerruf eines schriftlichen Testaments durch Zerstörung der Urkunde, d. h. absichtliche Zerstörung der Urkunde seines Testaments, dessen Gültigkeit nicht in einem gesetzlichen Akte, sondern in der Schriftlichkeit der Urkunde begründet war, wie es in ältester Zeit bei dem schriftlichen Manzipationstestament vor fünf Zeugen, später bei dem prätorischen schriftlichen Testament mit den Siegeln von sieben Zeugen, und schließlich beim justinianischen schriftlichen Privattestament der Fall war. Hier mußte das Testament seine Gültigkeit verlieren, wenn die Urkunde vernichtet war. Der Prätor verweigerte die bonorum possessio secundum tabulas, wenn die Siegel verletzt waren und, ein vernichtetes schriftliches Privattestament konnte nicht mehr erfüllt werden.

Jedoch war schon im ältesten römischen Recht das tatsächliche Vorhandensein der schriftlichen Urkunde nicht notwendiger Bestandteil eines gültigen schriftlichen Testaments. Der Prätor gab den Testamentserben aus einer zerstörten Testamentsurkunde eine exceptio gegen die Intestaterben, wenn die Zerstörung nachweislich ohne oder gegen den Willen des Testators geschehen war. Der Inhalt des zerstörten Testaments konnte von den Erben auf jede Weise bewiesen werden, und so konnte auch aus einem nicht mehr vorhandenen Testament eine bonorum possessio secundum tabulas gegeben werden (l. 1 § 3 D. de bon. poss. sec. tab.). Ja, es wird die Absicht des Testators

sogar besonders berücksichtigt. Sind die Namen sämtlicher Miterben durchstrichen, so sollen doch die von ihnen erben, die der Testator gar nicht hat enterben wollen. Ist nur der Name eines Erben von mehreren durchgestrichen, so soll doch das ganze Testament ungültig sein, wenn die auf volle Ungültigkeit zielende Absicht des Testators nachgewiesen wird. Ist von mehreren Originalexemplaren nur eines vernichtet, so soll das Testament doch aufgehoben sein, wenn der Testator es gewollt hat (s. Mühlenbruch Bd. 39 S. 99; Vangerow S. 208; Windscheid S. 286, 8).

Dieses alles gilt selbstverständlich nicht, wenn gar kein schriftliches Testament vorliegt, sondern mündlich testiert und über den Inhalt nur eine Beweisurkunde aufgenommen war (testamentum nuncupativum in scripturam redactum). Denn durch die Beurkundung wird ein mündliches Testament nicht in ein schriftliches verwandelt, und nur schriftliche Testamente konnten durch Vernichtung der Urkunde widerrufen werden. Ältere Praktiker bestritten diesen Satz vielfach, indem sie die unterschiedliche Behandlung mündlicher und schriftlicher Testamente verkannten. Die neue Literatur erkennt die diesseitige Ansicht allgemein an. So Mühlenbruch, Sintenis, Vangerow, Windscheid.

Einen Widerruf durch Zurücknahme der Testamentsurkunde aus der behördlichen oder gerichtlichen Verwahrung kannte das römische Recht nicht. Denn erstens bedingte beim testamentum publicum die öffentliche Verwahrung die Gültigkeit des Testaments nicht in dem Sinne, wie das heute der Fall ist, sondern war nur die Folgehandlung einer solennen Testamentserrichtung, die nur durch neues Testament oder den erschwerten Verbalwiderruf vor sieben Zeugen aufgehoben werden konnte; oder sie stellte nur die Sicherung eines schriftlichen Privattestaments dar, und dann konnte nur durch Zerstörung der Urkunde die Aufhebung des Testaments bewirkt worden. Das testamentum principi oblatum aber erforderte nach lex 19 C. de test., daß dem princeps der Inhalt des Testaments zur Kenntnis gelangt; die Verwahrung bildete auch hier nur das Nachspiel einer geschehenen Testamentserrichtung.

Daher können sich auch bei diesem Testament an die Verwahrung bezw. die Zurücknahme aus der Verwahrung keine Rechtsfolgen knüpfen. In der älteren Pandektenliteratur herrscht hierüber noch Streit; die neuere hat überall wie oben entschieden: Mühlenbruch Bd. 38 S. 302; Vangerow S. 208; Sintenis S. 463, 34; Windscheid S. 287, 8.

Aber schon nach den Bestimmungen des bayer. Landrechts von 1756 ist ein Testament ungültig, wenn der Testator es ab actis zurücknimmt. Dasselbe gilt nach dem preuß. Landrecht und nach österr. Recht sowie nach dem sächs. BGB. (§ 1215).

Im Gegensatz zu dem Recht der Testamente gilt für Vermächtnisse Formlosigkeit: Sowie für ihre Errichtung keine Form vorgeschrieben war, konnten sie auch formlos durch ausdrückliche oder stillschweigende Willensänderung aufgehoben werden. Die Ansicht einiger früherer Juristen, Justinians l. 27 C. de testamentis beziehe sich auch auf den Widerruf von Vermächtnissen, ist nicht begründet. Stillschweigender Widerruf — ademptio legati — kann durch jede mögliche Art und Weise geschehen, und ist daher schon dann anzunehmen, wenn die Vermutung für den Widerruf spricht, z. B. bei freiwilliger Veräußerung oder Versteigerung des vermachten Gegenstandes bei Feindschaft oder Abneigung wegen Undank. Aber selbstverständlich steht jeder Gegenbeweis offen. Dernburg (Pand.) behauptet S. 211, ein stillschweigender Widerruf würde bei ausbrechender Todfeindschaft zwischen Erblasser und Honorierten vermutet, verwirft jedoch in Anm. 8 daselbst Windscheids S. 592 aufgestellte Behauptung, stillschweigender Widerruf sei anzunehmen, „wenn das Verhältnis zwischen Erblasser und Vermächtnisnehmer sich so gestalte, daß Fortdauer des Vermächtniswillens nicht anzunehmen sei“, als verflachte Bestimmung.

Jedoch mit Unrecht, denn stillschweigender Widerruf muß ja nach dem vorher Gesagten ohne weiteres angenommen werden, wenn der Wille, das Vermächtnis aufrechtzuerhalten, mutmaßlich fortgefallen ist. Es fragt sich allerdings, ob schon bei gewöhnlicher Verfeindung die Vermutung dafür spricht, daß der Vermächtniswille nicht fortdauert. Hierüber hat sich Windscheid aber gar

nicht geäußert, da dieses nach dem besonderen Falle beurteilt werden muß.

Streitig ist die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn nicht erkannt werden kann, auf welches von mehreren Vermächtnissen sich der Widerruf bezieht. Nach der überlieferten Lesart besteht ein Widerspruch zwischen zwei Stellen von Ulpian: l. 3 § 7 D. 34,4 und l. 10 pr. D. 34,5. Eine Unzahl von Juristen hat sich an diesen beiden Stellen versucht und die Lesarten nach ihrem Sinne korrigiert, ohne Befriedigendes zu erzielen. Windscheid, Dernburg und andere entscheiden die Frage dahin, daß der Widerruf als nicht erfolgt zu betrachten sei, Sintenis, Vangerow und andere entscheiden im entgegengesetzten Sinne, nämlich, daß kein Vermächtnis gelten bleiben solle. Windscheid und Vangerow stützen übrigens sonderbarerweise ihre entgegengesetzte Meinung auf denselben Grundsatz, nämlich auf l. 73 § 3 D. 50, 17: Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sint, ac si scripta non essent.

Während Windscheid S. 592 diesen Satz nur auf den Widerruf bezieht, der dadurch als nicht erfolgt zu betrachten sei, bezieht ihn Vangerow S. 576 auf das gesamte Vermächtnis und meint, es sei gleichgültig, ob die datio legati gleich im Anfang dunkel sei oder erst später durch den Widerruf dunkel werde. Es müsse gleichmäßig die Entscheidung gelten, daß das Vermächtnis als nicht geschrieben angesehen wird. Kohler, Ademption der Legate, in Grünhuts Zeitschr. Bd. 7 S. 714, nimmt an, vielleicht angeregt durch letztere Unterscheidung, l. 10 zit. beziehe sich auf den Fall, daß der Testator vor Perfektion des Testaments die zweideutige Ademption gemacht hat, so daß daher, wie Vangerow im allgemeinen unterstellt, in diesem besonderen Falle die legati datio im ganzen von Anfang an dunkel war. Das ist sehr wohl möglich, da Ademptionen auch vor Perfektion des Testaments häufig gewesen sein mögen und Ulpian die Hervorhebung dieses Umstandes vergessen haben kann.

Im allgemeinen wird die Ansicht, daß der Widerruf als nicht erfolgt anzusehen sei, zu billigen sein, schon darum, weil nicht bewiesen werden kann, daß eines der Vermächtnisse,

die zu Recht errichtet sind, aufgehoben ist und daher alle zu Recht bestehen bleiben müssen. Oft wird auch die Entscheidung von der Frage abhängig gemacht sein, wie dem Willen des Erblassers mutmaßlich am meisten entsprochen werden könne; überhaupt findet im Vermächtnisrecht die freieste Auslegung Berücksichtigung, und nur im Soldatentestament kennt das römische Testamentsrecht eine gleiche Freiheit. Auch hier gilt ausschließlich der Wille des Erblassers. Es herrschen keine Formen, also gilt, wie es vermutlich gemeint ist.

Die Aufhebung des früheren Testaments durch ein neues wirkt, wie aus dem oben Gesagten erhellt, ipso jure, d. h. ohne und selbst gegen den Wunsch des Erblassers: nemo ex pluribus testamentis decedere potest. Jedoch kann das frühere Testament als fideikommissarisches bestehen bleiben, wenn dieses aus dem Willen des Testators hervorgeht, der sich auch stillschweigend äußern kann.

Das neue Testament hebt das frühere auch dann auf, wenn es nicht zur Gültigkeit kommt, gesetzt nur, daß es nicht von Anfang an ungültig war und der eingesetzte Erbe hätte Erbe werden können, mithin das Testament perfekt war. Daher hebt auch ein Testament, in welchem ein Erbe unter einer Bedingung eingesetzt ist, das frühere auf, selbst wenn die Bedingung nicht eintritt, gesetzt nur, daß sie hätte eintreten können: l. 16 D. h. t. si tamen conditio existere potuit. Die Ansicht Dernburgs S. 181,4, daß auch ein späteres Testament ohne Erbeinsetzung als gültiger Widerruf angesehen werden könne, indem alsdann die Annahme begründet sei, die Intestaterben seien stillschweigend als Testamentserben eingesetzt, widerspricht jedem römischen Rechtsgefühl. Sein Argument, daß der Widerruf durch Testament ohne Erbeinsetzung eine natürliche Rechtsentwicklung darstelle, ist unzutreffend. Denn das gemeine Recht ist von der Notwendigkeit der Erbeinsetzung im Testament niemals abgewichen, erst das Bürgerliche Gesetzbuch konnte durch die verallgemeinernde Bedeutung des Testamentsbegriffs als letztwillige Verfügung überhaupt den Begriff des rein negativen Widerrufs durch Testament begründen. Auch sind, abgesehen davon, daß nach der genannten Konstitution Justianians

der Widerruf nur vor wenigstens drei Zeugen und nach Ablauf von 10 Jahren geschehen konnte, und der nach Dernburgs Ansicht auch vor Ablauf von 10 Jahren mögliche Widerruf vor sieben Zeugen gegen die Konstitution verstoßen würde, nach römischem Recht wohl indirekte aus dem übrigen Wortlaut erkennbare Erbeinsetzungen möglich, aber stillschweigende Erbeinsetzungen hat es niemals gegeben. Denn aus einem mündlich widerrufenen Testament tritt Intestaterbfolge kraft Gesetzes ein. Aus einem durch neues Testament aufgehobenen früheren Testament tritt Intestaterbfolge dem Willen des Erblassers gemäß ein, dadurch, daß dieser in dem neuen Testament seine Intestaterben als Erben ausdrücklich einsetzt.

Daraus aber, daß kein Erbe genannt ist, kann nicht ohne weiteres auf den Willen des Erblassers, seine Intestaterben einzusetzen, geschlossen werden. Der Erblasser muß zum mindesten sagen, „es solle Intestaterbfolge eintreten". Das wäre allerdings nach justinianischem Recht eine gültige Erbeinsetzung, denn diese geschieht ohne bestimmte Form: l. 15 C. de testamentis (VI, 23). Siehe auch Mühlenbruch Bd. 38 S. 292; Vangerow S. 207. — Die von manchen geäußerte Ansicht, daß ein Widerruf vor 7 Zeugen dem Grundsatze zufolge gültig sei, „nil tam naturale quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est", ist schon widerlegt; denn es läßt ja dieser Satz folgern, daß ein Testament nur durch neues Testament aufgehoben werden kann, mithin neue Erbeinsetzung erfordert.

Die Bestimmung, daß frühere Testamente durch spätere ein für allemal aufgehoben werden, wurde später dadurch durchbrochen, daß der Prätor bonorum possessio aus einem früheren aufgehobenen Testament gab, wenn die Urkunde des späteren Testaments vom Erblasser in der Absicht vernichtet wurde, das frühere Testament wiederherzustellen: l. 1 § 2 i. A. D. 37, 11.

Der Prätor gab auch dann bonorum possessio, wenn mehrere Testamente gleichzeitig, aber mit verschiedenem Inhalt, errichtet waren, und zwar aus beiden Testamenten: l. 1 § 6 de bon. poss. sec. tab. . . . Ob dasselbe gilt von Testamenten, deren Zeitverhältnis nicht ermittelt werden kann, ist streitig, aber wohl zu bejahen, wenn auch dieser Satz als Ausnahme von dem

Grundsatze dasteht: nemo paganus ex pluribus testamentis decedere potest. Vangerow hält daher S. 209 die Anwendung auf diesen Fall für unzulässig, jedoch folgt wohl daraus, daß nicht bewiesen werden kann, ob eines der mehreren Testamente durch ein späteres aufgehoben sei, daß sie alle gültig sind: supremum utrumque accipimus (Ulpian). Zu diesem Ergebnis kommen auch Sintenis § 179 Anm. 42, Windscheid S. 288, Mühlenbruch Bd. 38 S. 487.

B. Widerruf nach deutschem Recht.

Umgekehrt wie im römischen Recht beruht im germanischen Recht die Erbfolge nicht auf dem Testament, der einseitig widerruflichen letztwilligen Verfügung des hinterlassenden Individuums, sondern auf der natürlichen Familienordnung. Der Erblasser hatte ursprünglich nicht die Macht, über seinen Tod hinaus Verfügungen über sein Vermögen zu treffen, das der Familie verbleiben mußte. Erst allmählich kamen mehr noch von der Kirche (daher der Ausdruck „Seelengeräte“) als vom römischen Recht begünstigt, letztwillige, einseitige Verfügungen auf, aber nur in sehr beschränktem Umfange und nur über bewegliche Habe; über Grundstücke konnte letztwillig überhaupt nicht verfügt werden; diese wurden aber vielfach durch Vertrag unter Lebenden für den Todesfall vergeben. Bis auf den heutigen Tag steht im deutschen Recht in erster Linie die natürliche Erbfolge, — „natürlich“ genannt im Gegensatz zum römischen Recht, welches diese Erbfolge negativ eine „Intestatsukzession“ nannte. Testamente modifizierten dieselbe nur, wenngleich sie sie naturgemäß auch gänzlich absorbieren konnten; aber auch im Bürgerlichen Gesetzbuch ist das Testament immer nur eine einseitige letztwillige Verfügung, in der eine Erbeinsetzung kein wesentliches Moment ist. Der Widerruf solcher Verfügungen in den verschiedensten Formen — eine Erklärung vor den Behörden oder Zeugen — war stets gestattet, aber die freie Widerruflichkeit bildete doch nicht ein so strenges Moment im Wesen der Testamentserrichtung wie im römischen Recht, welches von der freien Testierfähigkeit ausging.

Im deutschen Recht, wo jedes Testament im Grunde nur eine Ausnahme von der natürlichen Erbfolge bedeutete, wurde bei Verfügungen auf den Todesfall auf den römischen Grundsatz von der Freiheit des letzten Willens kein Gewicht gelegt. Es wurden daher letztwillige Verfügungen ebenso in der Form widerruflicher Testamente, als in Form unwiderruflicher Verträge — nach Rezeption des römischen Rechts Erb- und Erbeinsetzungsverträge — gestattet. Im allgemeinen bevorzugte das deutsche Recht eine unwiderrufliche Anordnung, was sich in den „Vergabungen von Todes wegen“ und in den Erbverträgen unter Ehegatten zugunsten des anderen Ehegatten oder ihrer Kinder kundgibt.

Während die Erbverträge unwiderruflich waren, gestaltete sich von besonderer Bedeutung die Frage nach dem Widerruf der im gemeinen Recht längere Zeit für einen Erbeinsetzungsvertrag angesehenen, später aber als Testament anerkannten korrespektiven Testamente, die sich neben den Erbverträgen unter Ehegatten einbürgerten. Dem justinianischen Recht waren korrespektive, wie überhaupt gemeinschaftliche Testamente unbekannt oder wurden höchstens als Einzelfälle beurteilt, wie sie im Soldatentestament vorkamen; in allen späteren Rechten aber wurden korrespektive Testamente wenigstens unter Ehegatten anerkannt.

Hier haben wir es hauptsächlich mit der Frage des Widerrufs korrespektiver Testamente im gemeinen Recht zu tun, das, fast ausschließlich von deutschrechtlichen Gebräuchen beeinflußt, in Verbindung mit dem römischen Grundsatz der freien Widerruflichkeit des Testaments für die Frage nach dem Widerruf korrespektiver Testamente von größtem Interesse ist. Daß bei Lebzeiten jeder der beiden Testatoren sein Testament frei widerrufen kann, ergibt sich aus der Widerruflichkeit der Testamente überhaupt.

Zwar herrschte im älteren gemeinen Recht, von der deutschrechtlichen Vorliebe für Erbverträge beeinflußt, die Ansicht, korrespektive Testamente seien unwiderruflich, da ein Erbeinsetzungsvertrag vorliege; diese Lehre mußte aber später aufgegeben werden. Wird die derogatorische Klausel dem Testamente zugefügt, so verwandelt sich dieses in einen Erbvertrag, dessen Formen nun aber

auch erfüllt werden müssen. Dieses verkennt Mühlenbruch Bd. 38 S. 221. Ebenso kann der Überlebende auch nach dem Tode des anderen sein Testament dann widerrufen, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt. Denn aus der Korrespektivität der Testamente, daraus, daß die Existenz des einen durch die des anderen bedingt ist, folgt, daß der Widerruf des einen den Hinfall des anderen zur Folge haben muß.

Daß vielfach behauptet ist, das andere Testament bleibe schon dadurch bestehen, daß der andere in Kenntnis des Widerrufs des einen Testaments das seinige unverändert ließe, ist nicht begründet. Windscheid S. 568 Anm. 5 gibt eine besondere Begründung, indem er behauptet, das korrespektive Testament sei nicht unter der Bedingung errichtet, daß das andere bestanden habe, sondern nur unter der Voraussetzung, daß es bestehen bleibe; fiele daher das eine Testament weg, so verliere es nicht direkt seine Wirksamkeit, sondern könne nur zurückgenommen werden; ein Recht, das sich zu einem besonderen Recht in der Person desjenigen gestalte, welcher in Ermangelung jenes Testaments Erbe geworden sein würde und nun behaupten könne, daß der Eingesetzte die Erbschaft ohne den Willen des Erblassers habe, was natürlich nur dann der Fall sein könne, wenn der Erblasser den Wegfall des anderen Testaments bei seinen Lebzeiten nicht in Erfahrung gebracht hätte. Mit dem Begriff der Voraussetzung im Gegensatz zur Bedingung operieren noch mehrere Schriftsteller, ohne jedoch die von Windscheid ausgeführte Folge daraus zu ziehen, die durchaus richtig wäre, wenn die Voraussetzung stimmte. Aber das Natürliche ist doch, aus der Natur korrespektiver Verfügungen, d. h. Verfügungen, die nicht getroffen sein würden, wenn nicht entsprechende Verfügungen in dem anderen Testamente existierten, den Begriff der Bedingtheit von selber zu folgern. Es ist hier nicht der Platz, den Begriff der Voraussetzung, den bekanntlich Windscheid für das ganze Recht aufgestellt hat, zu widerlegen; die Praxis ist ihm jedenfalls nicht gefolgt.

Sicher beklagt sich Windscheid mit Unrecht darüber, daß Dernburg (§ 97,3) ihm den Vorwurf mache, für seine Kategorie der Voraussetzung keine Beweise angetreten zu

haben, während Dernburg mit der von ihm verfochtenen Kategorie der Bedingung es ebenso mache: denn die Bedingung beim korrespektiven Testamente anzunehmen, ist natürlich, die „Voraussetzung“ anzunehmen, ermangelt eines besonderen Grundes. Daß manche frühere Rechtslehrer dem Widerruf überhaupt jede Wirkung auf das andere Testament versagten, mag hier noch erwähnt werden.

Komplizierter wird die Frage des Widerrufs, wenn der Überlebende das ihm Zugewendete angenommen hat. Windscheid § 568 S. 312 folgert aus seiner Theorie von der Voraussetzung naturgemäß, daß auch jetzt noch der andere uneingeschränkt widerrufen kann. Zu demselben Ergebnis kommen Sintenis, Bluntschli u. a. Andere kommen wieder zu dem Ergebnis, das Testament des Überlebenden sei durch die Annahme des anderen Testaments ganz unwiderruflich geworden. Diese Ansicht entspringt aber meist aus der irrigen Voraussetzung, daß ein Erbvertrag und kein Testament vorliege. Dernburg § 97 S. 188; Mühlenbruch Bd. 38 S. 242; Löwenwald S. 42, vertreten die wohl richtige Ansicht, daß der Überlebende nur so weit nicht widerrufen dürfe, als das Testament korrespektiver Natur ist. Sie begründen diese Auffassung mit der Annahme einer vertragsmäßigen Einigung der korrespektiv Testierenden mit Wirkung eines Erbvertrages. Diese Erklärung erscheint jedoch gezwungen, denn warum sollten die Testierenden gerade betreffs des Widerrufs nach der Annahme des einen Testaments vertragsmäßige Einigung gewollt und in anderer Beziehung eine solche Einigung nicht beabsichtigt haben? Viel näher liegt die Auffassung, daß in der bedingten Natur der korrespektiven Testamente an sich liegt, daß die entsprechenden Verfügungen des einen Testaments durch die Annahme derer des anderen Testaments erfüllt werden müssen, indem sie ja gerade die Bedingung geben für die Gültigkeit und Geltendmachung des anderen Testaments.

Während fast in allen Punkten die deutschen Landesrechte dem gemeinen Rechte folgen, weichen sie in dem zuletzt erwähnten vielfach ab und stellen sich auf den Standpunkt der unbeschränkten freien Widerruflichkeit des einen Testaments auch nach Annahme des anderen. Nur das Bürgerliche Gesetz-

buch für das Königreich Sachsen (§ 2214) und das preuß. allgem. Landrecht (II 1 § 492) schließen sich der hier vertretenen Ansicht an. Bluntschli S. 736 scheint der Ansicht zu sein, das allgem. Landrecht bestimme, daß nach der Annahme der Erbschaft der Überlebende sein Testament überhaupt nicht mehr widerrufen könne; jedoch geht aus der Fassung des zitierten Paragraphen hervor, daß die Unwiderruflichkeit sich nur auf die korrespektiven Verfügungen erstrecken soll, wie es auch das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt hat.

II. Aufhebung durch Widerruf.

A. Voraussetzungen des Widerrufs.

Das Testament des Bürgerlichen Gesetzbuches ist im eigentlichen Sinne ein nach römischen Rechtsgrundsätzen fortgebildetes deutsches Rechtsinstitut. Jede letztwillige Verfügung heißt Testament und jede letztwillige Verfügung ist im Grunde eine Ausnahme von der natürlichen gesetzlichen Erbfolge. Das Testament begründet im deutschen Recht nicht wie im römischen Recht Universalsukzession, sondern ist vielmehr stets nur eine einzelne Verfügung. Daher kennt das deutsche Recht auch keine technische Unterscheidung zwischen Vermächtnis- und Testamentsverfügung, weshalb Formunterschiede in der Errichtung von Testamenten und Anordnung von Vermächtnissen nicht bestehen.

Da der Widerruf auch nur eine letztwillige Verfügung ist, so erfolgt naturgemäß der Widerruf im allgemeinen in Testamentsform (§ 2254 BGB.). Zur subjektiven Voraussetzung für den Widerruf gehört hiernach das Vorhandensein eines testierfähigen Erblassers. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat jedoch im § 2253 Abs. 2 eine Erleichterung hinsichtlich der sogen. negativen Testierfähigkeit in der Weise getroffen, daß es bestimmt: „Die Entmündigung des Erblassers wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht steht dem Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments nicht entgegen.“ Diese Bestimmung hat, wenn auch einige Rechte, z. B. das preuß.

allgem. Landrecht und das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch in bezug auf die Entmündigung wegen Verschwendung ähnliches aufweisen, zum ersten Male gesetzliche Geltung bekommen. Die Gründe liegen nahe: da die Tatsache der Testierunfähigkeit des Erblassers infolge einer Entmündigung den gesetzlichen Erben schützen soll, liegt kein Anlaß vor, dem Erblasser das Widerrufsrecht zu nehmen, durch das ja nur die gesetzlichen Erben — wenigstens im allgemeinen — ihr Erbrecht wiedererlangen. Daß nach § 2258, 2 ein früheres Testament durch den Widerruf wiederaufleben kann, ist ganz unbedenklich, da im allgemeinen die Vermutung dafür sprechen wird, daß bei der Errichtung dieses früheren Testaments die Voraussetzungen für die spätere Entmündigung entweder gar nicht vorlagen oder wenigstens nicht in stärkerem Maße als bei der Errichtung des späteren Testaments, so daß die Aufhebung dieses späteren Testaments durch den Erblasser in vielen Fällen nur ein gerechtfertigter Schritt von seiner Seite sein wird. Es ist daher nicht ersichtlich, warum gegen die Gültigkeit eines früheren Testaments durch Widerruf eines späteren Testaments seitens eines Entmündigten Bedenken erhoben werden, wie Frommhold S. 231; Strohal S. 174 u. a. es tun. Unsere Ansicht vertreten besonders Küntzel S. 598 und Mommsen, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht. Hervorzuheben ist zudem, daß nach der Vorschrift des zitierten Paragraphen dem Widerruf auch dieses ersten Testaments seitens des Entmündigten nichts entgegensteht.

Die herrschende Lehre vertritt allgemein und ohne überhaupt eine andere Meinung in Betracht zu ziehen (Planck: „der Satz selbst ist nicht zu bezweifeln"), die Ansicht, daß der entmündigte Erblasser ein vor der Entmündigung errichtetes Widerrufstestament widerrufen könne, ein nach der Entmündigung errichtetes Widerrufstestament aber nicht: Planck S. 475; Cosack S. 637; Staudinger S. 514; vgl. auch Neumann S. 239. Hingegen ist die richtige Auffassung wohl die, daß der entmündigte Erblasser zwar ein Testament positiven Inhalts widerrufen kann, einen Testamentswiderruf jedoch weder wenn er vor, noch wenn er nach der Entmündigung erfolgt ist. Dieses Ergebnis ist das einzig befriedigende und folgt daraus, daß der Erblasser, falls

er einen von der Entmündigung errichteten Widerruf nach der Entmündigung widerrufen könnte, durch diesen Widerruf ein neues Testament errichten würde, trotzdem er testierunfähig ist. Denn im Gegensatz zum Widerruf einer positiven Verfügung, der eine frühere Verfügung wiederaufleben lassen kann, der aber darum doch ein wirklicher Widerruf ist, stellt der Widerruf eines Widerrufs in Wahrheit nur eine verkappte Neuerrichtung eines Testaments dar. Dieses ist vom Gesetz sicher nicht gewollt und auch eine innere Unmöglichkeit. Unsere Ansicht läßt sich auch ohne Schwierigkeiten aus dem Gesetz herauslesen, wenn man das im Abs. 2 gebrauchte Wort „Testament" in seiner eigentlichen ursprünglichen Bedeutung als Testament mit positivem Inhalt nimmt, in der es hier vom Gesetz sicherlich gemeint ist. Dieselbe Ansicht verficht neuerdings Strohal. Vor ihm hat sie nur Kipp in Windscheids Pand. S. 211 geäußert.

Die Begründung, die Strohal S. 311 gibt, scheint uns jedoch fehlzugehen. Strohal meint, nach der gegnerischen Ansicht müsse der während der Dauer der Entmündigung erfolgte Widerruf eines Widerrufstestaments entweder für unwiderruflich gelten, oder der Gegner müsse zu dem Schluß kommen, daß der Entmündigte nach seiner Entmündigung habe zwei entgegengesetzte Verfügungen treffen können. Er sagt dann: „Keine der beiden Entscheidungen ist mit dem Wortlaut und der Absicht des § 2253, 2 vereinbar." Das muß jedoch bestritten werden. Zunächst ist nicht einzusehen, warum nicht auch die Gegner den Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments für gültig ansehen sollten, gesetzt auch, daß das Testament schon einmal widerrufen und dieser Widerruf während der Dauer der Entmündigung (der allerdings nach der von Strohal und auch von uns vertretenen Ansicht nicht möglich ist) seinerseits widerrufen wäre; der Widerruf des Widerrufs des Testaments braucht hierzu nicht erst widerrufen zu werden. Andererseits aber ist es allerdings denkbar, daß auch nach der Entmündigung zwei einander entgegengesetzte Verfügungen getroffen werden können. Man denke sich den Fall, daß ein Erblasser in seinem ersten Testament einen Freund zum Erben

einsetzt, in einem späteren Testament jedoch seine nächsten Verwandten. Er wird entmündigt und widerruft zunächst das letzte Testament, so daß das erste wiederum in Kraft tritt, und darauf auch sein erstes, so daß nunmehr gesetzliche Erbfolge eintritt. Trotzdem hier während der Dauer der Entmündigung zwei einander entgegengesetzte letztwillige Verfügungen getroffen sind, steht dem der Wortlaut und die Absicht des Gesetzes nicht entgegen. Der Widerruf des letzten während der Entmündigung errichteten Widerrufstestaments jedoch, infolgedessen nicht gesetzliche Erbfolge eintreten, vielmehr das widerrufene zweite Testament wieder in Kraft treten würde, wäre allerdings unzulässig. Daß der Widerruf eines Widerrufs eines Testaments, wenn dieser letztere wiederum ein Widerrufstestament ist, wie in Strohals Beispiel, ein Widerruf zugleich des ersten und letzten Testaments ist, kann für die Widerlegung der gegnerischen Ansicht nicht ins Feld geführt werden.

Denn wenn, wie in unserem Beispiel, zwei Testamente positiven Inhalts vorliegen, so können während der Dauer der Entmündigung wohl beide widerrufen werden, nicht aber auch der während der Entmündigung erfolgte Widerruf seinerseits.

Unsere Ansicht, daß der nach der Entmündigung erfolgte Widerruf nur dann wirksam ist, wenn die widerrufene Verfügung eine Verfügung positiven Inhalts ist, läßt sich daher lediglich aus dem Gesichtspunkte rechtfertigen, daß zu einer Testamentserrichtung, welche den Widerruf eines Widerrufs darstellt, volle Testierfähigkeit gehören muß.

Der Entmündigte kann den Widerruf auch in einem Testamente mit positivem Inhalt erfolgen lassen. Die Bestimmungen positiven Inhalts sind freilich nichtig. Da jedoch nach den Grundsätzen der §§ 140 und 2085 BGB. der Widerruf als testamentarischer Widerruf aufrechterhalten werden kann, falls die Absicht des Widerrufenden dahin anzunehmen ist, daß der Widerruf auch trotz der Nichtigkeit der übrigen Verfügungen Geltung haben sollte, so kann dieser Widerruf andererseits durch den Beweis, daß der Erblasser bei Kenntnis der Nichtigkeit der positiven letztwilligen Verfügungen den Widerruf unterlassen hätte, selbst nichtig werden. So ist z. B. die Verfügung eines entmündigten

Erblassers, daß von den dem A vermachten 100 Mk. B 60 Mk. haben solle, ungültig, jedoch ist in dieser Verfügung zugleich ein stillschweigender Widerruf zu erblicken: denn das dem A gemachte Vermächtnis ist in Höhe von 60 Mk. widerrufen. Dieser Widerruf ist gültig, wenn nicht mutmaßlich der Erblasser diesen Widerruf bei Kenntnis der Nichtigkeit seines dem B gemachten Vermächtnisses unterlassen hätte. Die Beweislast liegt aber nach der Fassung des § 2085 denen ob, die die Unwirksamkeit des Widerrufs geltend machen wollen. Vgl. auch Planck S. 476 Anm. 3 zu § 2254.

Objektive Voraussetzung für den Widerruf des Testaments ist das Vorhandensein eines gültigen Testaments. Der Widerruf eines ungültigen Testaments kann daher keine Wirkung haben. Wird z. B. ein eigenhändiges nichtiges Testament, z. B. ein solches, unter dem die Unterschrift fehlt, widerrufen, und wird später nach dem Widerruf die Unterschrift unter das Testament gesetzt, so hätte es Gültigkeit, da der vorher erfolgte Testamentswiderruf auf das später errichtete Testament keine aufhebende Wirkung haben kann. Wohl aber kann ein durch Testament widerrufenes Testament durch Rücknahme aus der Verwahrung nochmals aufgehoben werden, denn der Widerruf berührt die formelle Gültigkeit des Testaments nicht, hat vielmehr nur einen die Wirksamkeit hemmenden Erfolg, was sich daraus ergibt, daß nach dem Widerruf des Widerrufs die frühere Verfügung wiederauflebt. Daraus folgt, daß der Widerruf des Testamentswiderrufs keine Wirkung haben kann, wenn das Testament nach § 2256 Abs. 1 aus der amtlichen Verwahrung dem Erblasser zurückgegeben ist, denn dieser letztere Widerruf ist unwiderruflich. Ist ein Testament vielleicht versehentlich oder auch zur größeren Sicherheit durch zwei verschiedene Testamente widerrufen und nur ein Testamentswiderruf später widerrufen, so bleibt der andere gültig, falls nicht aus dem Widerruf ersichtlich wird, daß das frühere positive Testament wiederaufleben soll und somit eine stillschweigende, neue Testamentserrichtung vorliegt. Ist dies aber nicht ersichtlich, so bleibt das frühere Testament infolge des Vorhandenseins eines noch gültigen Testamentswiderrufs aufgehoben. Der Widerruf eines nach §§ 2249, 2250

oder 2251 errichteten Testaments verliert seine Gültigkeit mit der Nichtigkeit des widerrufenen Testaments, die nach § 2252 Abs. 2 drei Monate nach der Errichtung eintritt. Ist der Widerruf selbst nach §§ 2249, 2250 oder 2251 erfolgt, so verliert er selbstverständlich ebenfalls nach 3 Monaten seine Gültigkeit und das widerrufene Testament lebt wieder auf.

B. Die verschiedenen Widerrufsarten.

1. Widerruf durch Testament.

Der § 2254 bestimmt als die reguläre Widerrufsform diejenige des Testaments. Selbstverständlich steht dem Erblasser jede Form frei, in der ein Testament errichtet werden kann, also auch die außerordentlichen Formen der §§ 2249—51. Ein formloser Widerruf ist ausgeschlossen, insbesondere der stillschweigende Widerruf, wie er früher für Vermächtnisse galt. Die ademptio legati existiert im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr. Wenn für die Motive bei der Bestimmung des Abs. 1 § 2172, nämlich in den Fällen, in denen der Erblasser eine vermachte Sache mit einer anderen verbindet, vermischt oder vermengt, so daß das Eigentum an der anderen Sache sich auf sie erstreckt oder Miteigentum eingetreten ist, ferner in den Fällen, in denen der Erblasser die vermachte Sache in der Weise verarbeitet oder umbildet, daß er Eigentümer an der neuen Sache geworden ist, die Grundsätze der ademptio legati maßgebend gewesen sind, so ist die Bestimmung selber jedenfalls nicht als ademptio legati anzusehen, sondern als eine gesetzliche Einzelvorschrift, welche die Auslegungen der Unmöglichkeit der Leistung einer vermachten Sache betrifft. Denn aus welchen Gründen eine Bestimmung getroffen ist, ist für ihre Auslegung nachher gleichgültig, wenn sie offensichtlich einer bestimmten Kategorie, hier der Unwirksamkeit der Vermächtnisse durch Unmöglichwerden der Leistung, eingereiht ist. Nicht zu billigen ist daher auch die Ansicht Endemanns, daß auch die Veräußerung des vermachten Gegenstandes durch den Erblasser eine ademptio legati darstellt, welche das Bürgerliche Gesetzbuch

im § 2169 Abs. 1 bestehen läßt. Endemann sagt S. 300 wörtlich: „Eine besonders wichtige Form des Widerrufs ist aber neben der Vernichtung die Veräußerung des vermachten Gegenstandes." Das Gesetz gibt vielmehr nur eine Vermutung für den Willen des Erblassers, nämlich die, daß er bei der Vermächtniserrichtung gewollt habe, das Vermächtnis solle nur dann gelten, wenn die vermachte Sache zur Zeit des Erbfalles zur Erbschaft gehöre.

Diese Vermutung kann aber durch den Vermächtnisnehmer widerlegt werden. Das führt zu folgendem Ergebnis: Hat der Erblasser eine bestimmte Sache vermacht und hinzugefügt, dieses Vermächtnis solle auch gelten falls die Sache bei seinem Todesfalle nicht mehr zur Erbschaft gehöre, so kann er dieses Vermächtnis nicht dadurch widerrufen, daß er die Sache später veräußert und etwa dem Bedachten mitteilt, er betrachte nunmehr das Vermächtnis als widerrufen. Der Erblasser mußte vielmehr in diesem Falle einen förmlichen Widerruf vornehmen. Geschieht dies nicht, so muß der Vermächtnisnehmer nur den Willen des Erblassers für die Aufrechterhaltung des Vermächtnisses zur Zeit der Vermächtniserrichtung für sich haben, nicht etwa zur Zeit der Veräußerung der vermachten Sache. Aus diesem Grunde, weil die Veräußerung nicht die Bedeutung einer letztwilligen Verfügung hat, kann sie auch nicht als eine Form des Widerrufs genannt werden. Vgl. Planck S. 352 Anm. 2; Strohal S. 133/34; Mugdan S. 614 (Prot. S. 6904); Staudinger S. 404; Endemann § 69 unter 5 und Anm. 24; Neumann S. 176 Anm. 2. Aus demselben Grunde, weil von einem stillschweigenden Widerruf hier keine Rede sein kann, sondern nur event. von einem Unmöglichwerden der Leistung, folgt, daß die Unwirksamkeit wieder fortfällt, wenn der Gegenstand auf irgend eine Weise in den Nachlaß zurückkehrt. Verschwindet der vermachte Gegenstand gegen den Willen des Erblassers, z. B. durch Enteignung aus dem Nachlasse, so wird im allgemeinen der Wille des Erblassers dennoch für die Aufrechterhaltung des Vermächtnisses und daher anzunehmen sein, daß der Erblasser für den ihm gegen seinen Willen abhanden gekommenen Gegenstand wenigstens dessen Wert vermachen wollte. So sagt Endemann S. 300: „Gleichwohl bleibt für

die Wertung des offen gehaltenen Gegenbeweises der allgemeine Erfahrungssatz von Bedeutung, daß eine auf äußeren Zwang oder Anlaß geschehene Veräußerung die Annahme rechtfertigt, der Erblasser habe das Vermächtnis nicht aufheben, sondern durch den empfangenen Erlös ersetzen wollen."

Zu beachten ist hierbei jedoch, daß dieser Wille wieder nur aus Umständen vermutet werden kann, die zur Zeit der Vermächtniserrichtung maßgebend waren, und der spätere Wille des Erblassers, den er bei der event. Enteignung äußerte, nur so weit in Frage kommen kann, als auf den früheren ein Rückschluß gezogen werden kann. Hat daher der Erblasser bei der Errichtung des Vermächtnisses ausgesprochen, daß der Gegenstand nur zugewendet sein solle, wenn er zur Erbschaft gehöre, so kann jedenfalls die bei der Enteignung geäußerte Absicht, daß der Wert des Gegenstandes an die Stelle treten solle, das Vermächtnis nicht wirksam werden lassen. Jedenfalls kann der Erblasser durch eine spätere nach der Vermächtniserrichtung erfolgende Handlung oder Willensäußerung die Wirksamkeit der Vermächtniserrichtung niemals berühren, sondern höchstens die Leistung des Vermächtnisses unmöglich machen, was aber niemals als Widerrufshandlung angesehen werden kann, indem der Wille, daß das Vermächtnis bei dem Unmöglichwerden der Leistung nicht erfüllt werden soll, schon bei der Vermächtniserrichtung stillschweigend vorhanden gewesen sein muß. Ausdrücklich anerkannt hat die Tatsache, daß sowohl im § 2169 wie im § 2172 eine ademptio legati nicht enthalten ist, das Urteil des Kammergerichts (OLG. 9, 404) vom 24. 6. 1904. Dieses sagt in seinen Gründen bezüglich des § 2169 BGB.: „ . . . abgesehen davon beruht die Unwirksamkeit des Vermächtnisses keineswegs auf einem aus konkreten Handlungen zu entnehmenden Aufhebungswillen des Erblassers, sondern ausschließlich auf der objektiven Tatsache des Nichtvorhandenseins des Gegenstandes im Nachlasse. Die Unwirksamkeit tritt daher auch beim Verlust des Gegenstandes gegen den Willen des Erblassers ein und fällt weg, wenn der Gegenstand ohne sein Wissen in sein Vermögen zurückgekehrt ist. Auch der § 2172 hat außer Betracht zu bleiben, da, abgesehen ob unter Um-

ständen hier von einer Ademption gesprochen werden kann und nicht vielmehr lediglich von der Unmöglichkeit der Erfüllung die Rede ist, eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf den vorliegenden Fall ausgeschlossen ist.“ Im übrigen vgl. Planck Anm. 2b zu § 2169; Windscheid-Kipp S. 647.

Es gibt jedoch im Bürgerlichen Gesetzbuch auch außer den ausdrücklich genannten Formen des Widerrufs einige Fälle, die in der Tat als Widerruf einer letztwilligen Verfügung angesehen werden müssen. So zunächst die Bestimmung des § 2337 Abs. 2, die dahin lautet, daß eine Verfügung, durch die der Erblasser die Entziehung des Pflichtteils angeordnet hat, durch Verzeihung unwirksam wird. Daß eine derartige Verfügung auch gegen den Willen des Erblassers, d. h. wenn er die Verzeihung gar nicht als Widerruf der Pflichtteilsentziehung hatte ansehen wollen, unwirksam wird, ist kein Argument gegen das Vorliegen eines Widerrufs, da ein solcher durch Handlungen, die der Erblasser gar nicht als Widerruf seiner letztwilligen Verfügung hat gelten lassen wollen, auch im § 2256 aufgestellt und ausdrücklich als Widerruf bezeichnet wird. Planck weist in Anm. 1 zu § 2254 auf den hier erwähnten Einfluß der Verzeihung auf den Bestandteil der letztwilligen Verfügung hin. Hier werden daher in der Tat die in den §§ 2254 bis 2256 für den Widerruf bestimmten Formen durchbrochen und ein formloser Widerruf durch Verzeihung ermöglicht, jedoch, wie hervorgehoben werden muß, ein Widerruf nur von einer Verfügung, die nur in außerordentlichen Fällen, wie sie in den §§ 2333 bis 2335 aufgeführt sind, getroffen werden kann, und deren Widerruf nur das im allgemeinen unentziehbare Recht eines pflichtteilsberechtigten Erben wiederherstellt.

Auch der im § 2352 genannte Verzicht eines Erben auf die ihm durch Testament oder Vermächtnis gemachte Zuwendung durch Vertrag mit dem Erblasser muß an dieser Stelle genannt werden, da in diesem Verzicht zugleich ein Widerruf von seiten des Erblassers liegt.

Die in einem Erbvertrage getroffene Aufhebung einer letztwilligen Verfügung nach § 2299 Abs. 1 und der Widerruf einer in einem Erbvertrage getroffenen letztwilligen Verfügung durch

Erbaufhebungsvertrag nach § 2299 Abs. 2 sowie der Widerruf durch Rücktritt vom Vertrage nach § 2299 Abs. 3 werden später besprochen werden.

Neben den hier aufgezählten Arten des Widerrufs einer testamentarischen Verfügung gilt — abgesehen von den später zu behandelnden Widerrufsformen nach §§ 2255 und 2256 sowie dem Widerruf einer Verfügung eines gemeinschaftlichen Testaments nach § 2271 — der Widerruf durch Testament als Regel. Selbstverständlich ist auch ein teilweiser oder bedingter Widerruf gestattet: im letzteren Falle gilt, wenn das bedingte Ereignis zur Zeit des Erbfalls noch nicht entschieden ist, im allgemeinen wohl die Zuwendung als mit einer auflösenden Bedingung behaftet. Ob dies ausnahmslos anzunehmen ist, wie Dernburg S. 111 meint, ist zweifelhaft. Der Wille des Erblassers kann im Einzelfalle den Ausschlag geben. Im Zweifel ist Dernburgs Meinung schon um der Bestimmung des § 2084 willen der Vorzug zu geben, da die Verfügung auf diese Weise aufrechterhalten bleibt.

Ein undeutlich gefaßter Widerruf hat ebenso wie im römischen Recht keine Bedeutung; auch dann wirkt er nicht, wenn es nur unklar läßt, auf welche Zuwendung er bezogen werden soll: denn die Zuwendungen sind an sich gültig, und die Aufhebung derselben ist nicht beweisbar.

Wie im römischen Recht hat auch der Bedachte die Wahl, eine Zuwendung zu fordern, falls nicht erkennbar ist, auf welche von mehreren ihm gemachten Zuwendungen sich der Widerruf beziehen soll, jedoch unzweifelhaft ist, daß eine Zuwendung widerrufen sein soll (Dernburg S. 111/12).

2. Widerruf nach § 2255.

Außer der regulären Widerrufsform durch Testament hat das Gesetz noch zwei Widerrufsarten fixiert, deren erste, im § 2255 normierte, im ganzen nur für das eigenhändige Testament (auch für das Militärtestament) bestimmt ist, während die letztere, die in der Zurücknahme des hinterlegten Testaments besteht, nur für öffentliche, archivarische Testamente gilt.

Der Widerruf durch Veränderung resp. Vernichtung des Testaments ist, wie erwähnt, schon im römischen Recht üblich gewesen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat neu nur den Abs. 2 hinzugefügt, der die Beweislast, die im römischen und gemeinen Recht Anlaß zu weitläufigen Streitfragen gab, verteilt. Jedoch ist auch heute in dieser Beziehung nicht jeder Zweifel gehoben.

Zum Tatbestand des § 2255 gehört in objektiver Beziehung die Vernichtung resp. Veränderung des Testaments, die in einer allgemein erkennbaren Weise den Willen, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, auszudrücken pflegt; in subjektiver Hinsicht die Aufhebungsabsicht des Erblassers. Die Vernichtung der Testamentsurkunde allein macht das Testament nicht ungültig, wenn sie nicht von der Absicht geleitet wird, das Testament aufzuheben. Dieses bleibt vielmehr gültig, wenn auch selbstverständlich der Beweis seines Inhaltes erschwert event. auch unmöglich gemacht wird.

Welche Veränderungen genügen, um das Testament aufzuheben, bestimmt sich nach den allgemeinen Anschauungen: Zerreißen, Durchstreichung und Unleserlichmachung auch einzelner Verfügungen kommen hauptsächlich in Betracht. Das Wegwerfen der Testamentsurkunde allein genügt selbst dann nicht, wenn die Widerrufsabsicht feststeht, da hierin keine an der Testamentsurkunde vorgenommene „Veränderung“ gesehen werden kann, somit der objektive Tatbestand nicht erfüllt wäre. Im übrigen ist nach dem einzelnen Fall zu entscheiden, da eine allgemeine Norm dafür, wann der Aufhebungswille genügend objektiviert ist, nicht geschaffen worden ist. So kann in dem Wegwerfen der Urkunde in Verbindung mit dem Abreißen des Siegels eine Widerrufserklärung liegen, wie Dernburg S. 112 Anm. 11 darlegt; aber die Behauptung Plancks Anm. 3 zu zitiertem Paragraph, das Erbrechen des Siegels allein könne für eine Widerrufserklärung nicht genügen, ist nicht zu billigen, sondern es muß die Entscheidung im Einzelfalle dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. Steht die Widerrufsabsicht fest, so wird im allgemeinen die Veränderung der Urkunde durch Erbrechen des Siegels zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes genügen. Ob anderenfalls hierin eine genügende Ver-

änderung der Testamentsurkunde erblickt werden kann, muß das Gericht im Einzelfalle entscheiden.

Eine Durchstreichung in Verbindung mit einer Verbesserung, z. B. die Einschaltung eines neuen Namens für einen durchstrichenen oder ausgelöschten, ist nichtig, da hierin eine neue Testamentserrichtung liegen würde, die einer gültigen Testamentsform entbehrte. Ob in diesem Falle der in der Durchstreichung liegende Widerruf Gültigkeit hat, bestimmt sich gemäß § 2085 nach dem mutmaßlichen Willen des Erblassers. Cosack S. 639 zu Anm. 14 ist der gleichen Ansicht. A. M. ist Planck, Erläuterung II, 5 a zu § 2231; vergleiche darüber den Schluß dieses Kapitels.

Für den Fall, daß mehrere Originalurkunden vorliegen, von denen nur eine vernichtet ist, gibt es in der Literatur drei Ansichten (darüber, daß die Vernichtung einer bloßen Abschrift zur Widerrufserklärung nicht genügt, herrscht Einigkeit; vgl. den Ausdruck des Gesetzes „Testamentsurkunden"). Die einen, wie Cosack S. 103, meinen, es müßten sämtliche Urkunden vernichtet werden, damit das Testament aufgehoben würde. Das österreichische Gesetzbuch § 721 Abs. 2 enthält die gleichlautende Bestimmung.

Die überwiegende Meinung, Dernburg Anm. 11 zu § 40; Frommhold S. 233 Anm. 4 zu zitiertem Paragraph; Endemann S. 215; Kuhlenbeck S. 291 Anm. 1 geht dahin, daß durch Vernichtung nur eines Testamentsexemplars, in der Absicht, dasselbe zu widerrufen, das Testament aufgehoben wird. Das RG. Bd. 14 S. 184 schließt sich dieser Ansicht an: „Nach gemeinem Recht wird beim Vorhandensein mehrerer Testamentsexemplare der Widerruf auch schon durch Vernichtung nur eines Exemplars vollzogen, falls nur der entsprechende Wille dabei erkennbar wird." Schließlich gehen einige eine Mittelstraße, indem sie die Vernichtung nur eines Exemplars als für den Widerruf hinreichend ansehen, jedoch in diesem Falle bei Vorhandensein noch eines anderen Exemplares dem Erblasser zunächst entgegengesetzte Absicht, d. h. für Aufrechterhaltung des Testaments, unterlegen und somit die Beweislast entgegen dem Abs. 2 des zitierten Paragraphen dem Testamentsgegner auferlegen.

legen. So Wilke Anm. 4 zu zitiertem Paragraph; Planck S. 478; Staudinger unter III B, der hier ausdrücklich sagt: „Die Vermutung des § 2255 Abs. 2 setzt voraus, daß die einzig vorhandene Testamentsurkunde vernichtet oder verändert wurde.“ Auch durch eine Entscheidung im Bd. 9 S. 185 von Seufferts Archiv findet diese Ansicht eine Unterstützung: „Bei der Vernichtung nur eines Exemplars muß der Beweis hinzukommen, daß der Erblasser gewollt habe, ut intestatus moreretur.“ In Wahrheit jedoch können auch für den hier unterstellten Fall der Vernichtung nur einer Urkunde grundlegende Regeln gar nicht aufgestellt werden, da es nur darauf ankommt, ob durch die Vernichtung nur einer Urkunde der Tatbestand des zitierten Paragraphen erfüllt wird. Da die Möglichkeit einer genügenden Objektivierung der Widerrufsabsicht des Erblassers durch die erwähnte Vernichtung einer Urkunde nicht geleugnet werden kann, so muß die Entscheidung dem richterlichen Ermessen im Einzelfalle vorbehalten werden.

Die Ansicht des Reichsgerichts, wonach in Verbindung mit der genügenden Ersichtlichkeit des Widerrufswillens des Erblassers die Vernichtung auch nur eines Exemplars des Widerrufs ausreicht, ist daher nicht zu beanstanden. Ist jedoch einmal diese Ersichtlichkeit als genügend und mithin die Widerrufsabsicht als hinreichend objektiviert richterlich festgestellt, was z. B. dann der Fall sein wird, wenn die noch vorhandene Urkunde dem Erblasser schwer erreichbar war, so muß auch der Abs. 2 Platz greifen; die Beweislast darf daher dann nicht, wie Wilke und Staudinger wollen, zu ungunsten der Testamentsgegner umgedreht werden.

Brocks Meinung, der sich Cosack anschließt, ist nicht zu halten. Seine Argumente, der Erblasser könne ja nach § 2254 widerrufen, falls mehrere Exemplare vorhanden seien, von denen er nur eines zur Hand habe, ferner, die aus § 2257 zu folgernde Umkehrung, daß der Widerruf nach § 2255 nicht wieder rückgängig gemacht werden könne, lasse darauf schließen, daß das Gesetz im § 2255 völlige Vernichtung des Testaments im Auge habe, sind schon darum unbegründet, weil der zitierte Paragraph gerade eine bequemere und schnellere Möglichkeit des Widerrufs

hat schaffen wollen, dem es aber kraft einer das zu widerrufende Testament formell zerstörenden Handlung des Erblassers eine unwiderrufliche Wirkung verleiht und ihn hierdurch als Ausnahmebestimmung von einer eigentlichen letztwilligen Verfügung und von dem testamentarischen Widerruf unterscheidet. Daß das Gesetz durch die Unwiderruflichkeit dieses Widerrufs keine Kennzeichen dafür hat geben wollen, daß das Testament resp. die einzelne Verfügung gänzlich vertilgt werden solle, erhellt schon daraus, daß auch der Widerruf nach § 2256 unwiderruflich ist, obwohl der ganze Testamentsinhalt erkennbar bleibt.

Von weittragender Bedeutung ist die Frage, inwieweit die Vernichtung und Veränderung der Testamentsurkunde von einem Dritten vorgenommen werden kann. Daß nach der Regel vom Ausschluß der Vertretung bei letztwilligen Verfügungen (§ 2064) auch eine Vertretung beim Widerruf ausgeschlossen ist, ergibt sich von selbst. Dies wird von Cosack S. 638 unter 2 A bestritten, indem er Vernichtung der Testamentsurkunde durch einen Dritten dann als gültigen Widerruf gelten läßt, wenn der Erblasser die Vernichtung nachträglich formlos genehmigt.

Es ist natürlich zulässig, daß sich der Widerrufende zur Ausführung der Vernichtung oder Veränderung eines anderen gleichsam als Instrument bedient (siehe Planck S. 479; Endemann § 50 S. 215; Staudinger S. 515 u. a.). Das gab einigen Schriftstellern Anlaß, zu folgern, die Vernichtung oder Veränderung der Urkunde durch dritte Hand bewirke auch dann einen gültigen Widerruf, wenn sie zwar zunächst unbefugt geschehen sei, aber die spätere Genehmigung des Erblassers erfahren hätte. Die herrschende Meinung ist dagegen. Auch das RG. Bd. 29 S. 329 sagt: „In gleicher Weise wird der Fall zu beurteilen sein, daß die Vernichtung und Unleserlichmachung der Urkunde durch einen vom Erblasser damit Beauftragten bewirkt worden ist. Diesen Fällen steht die nachträgliche ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung der ohne Auftrag des Erblassers geschehenen Vernichtung insofern tatsächlich nicht gleich, als hier der Widerrufswille nicht aus der Vernichtung der Urkunde selbst, sondern aus einem späteren Handeln des Erblassers erhellt, das in Worten oder konkludenten Handlungen erkannt

wird.“ Die Literatur schließt sich diesen Ausführungen durchweg an, wie Endemann, der Anm. 15 zu § 50 sagt: „Es fehlt die schlüssige, nach außen hin wirkende Aufhebungshandlung, die als Ersatz für die formelle Aufhebung durch Testament dienen soll“; so auch Brock S. 102/03 u. a. Mag auch diese Beweisführung an sich nicht fehlgehen, so ist der wesentliche Grund, aus dem eine nachträgliche Genehmigung für den Widerruf nach § 2255 überhaupt nicht in Betracht kommen kann, ein anderer. Eine Genehmigung kann sich nach §§ 183/84 BGB. nur auf ein Rechtsgeschäft beziehen, die Genehmigung einer nur tatsächlichen Handlung kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Eine solche Genehmigung enthält auch in sich sprachlich und logisch einen Widerspruch, indem ein tatsächliches Handeln, das die Vornahme eines Rechtsgeschäfts gar nicht in sich schließt, nie von der nachträglichen Zustimmung eines anderen abhängig ist.

Auch die Vernichtung eines Testaments durch einen Unbefugten stellt nur ein rein tatsächliches Handeln dar; denn auf das Bestehen des Testaments hat die Vernichtung keinen Einfluß, wenn auch der Beweis des Inhalts erschwert oder unmöglich gemacht wird; auch bei dem Erblasser selbst würde die Vernichtung des Testaments ein rein tatsächliches Handeln darstellen, wenn die Aufhebungsabsicht fehlte. Erst diese macht, wenn sie von seiten des Erblassers erfolgt, die Vernichtung zu dem Bestandteil eines Rechtsgeschäfts. Als Rechtsgeschäft aber kann die von einem unbefugten Dritten vorgenommene Zerstörung der Testamentsurkunde darum nicht aufgefaßt werden, weil eine Vertretung im Willen, wie oben dargetan, beim Testament ausgeschlossen ist, mithin ein Rechtsgeschäft auch in seinen Anfängen nicht zustande gekommen sein kann, d. h.: kein Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit nur noch der Genehmigung des Erblassers bedürfe (§ 182). Aus diesen Gründen kann von einer von seiten des Erblassers erfolgenden Genehmigung der Testamentsvernichtung keine Rede sein. Dasselbe deutet Planck S. 477/78 an.

Wichtig ist die Frage, ob der Abs. 2 des zitierten Paragraphen auch dann Anwendung findet, wenn die Vernichtung

resp. Veränderung des Testaments auf Befehl des Erblassers seitens eines Dritten geschehen ist, oder ob nicht, wie Endemann S. 215; Frommhold S. 232 meinen, hier der volle Beweis für den Aufhebungswillen durch den erbracht werden muß, der sich darauf beruft. Diese Frage hat Brock S. 108 bis 110 dahin beantwortet, daß, wenn im Abs. 1 des zitierten Paragraphen der Begriff des Wortes „Erblasser" dahin erweitert würde, daß dafür „Erblasser oder auf Befehl des Erblassers ein Dritter" zu setzen sei, dieser Begriff logischerweise im Abs. 2 derselbe sein müsse, da der Wortlaut des 1. und 2. Abs. im übrigen auch sonst analog sei. Das trifft durchaus zu. Abgesehen von dieser Inkonsequenz von seiten Endemanns usw. ist es überhaupt unersichtlich, warum die Tatsache, daß der Erblasser sich einer fremden Hand zur Zerstörung des Testaments bedient, als rechtsgültig anerkannt wird, jedoch die Rechtsvermutung des Abs. 2 ausschalten soll. Denn gerade, weil derjenige, welcher das Testament auf Befehl des Erblassers zerreißt, dem Erblasser selbst gleichsteht, der sich nur der Hand des anderen bedient, ist es nur selbstverständlich, daß auch im Abs. 2 für „Erblasser" auch „auf Befehl desselben ein Dritter" stehen kann.

Abgesehen davon birgt auch der einem Dritten vom Erblasser erteilte Befehl, sein Testament zu vernichten, in manchen Fällen einen viel ernsteren Willen als die vielleicht im Zorn erfolgte eigenhändige Vernichtung der Testamentsurkunde; es ist daher auch praktisch die Erweiterung des Begriffs „Erblasser" auf den Abs. 2 ein befriedigendes Ergebnis.

Unhaltbar ist allerdings die von einigen verfochtene Ansicht, die Vermutung des Abs. 2 trete nicht nur ein, wenn der Erblasser oder ein Dritter auf dessen Befehl die Urkunde vernichtet habe, sondern auch schon dann, wenn überhaupt feststehe, daß ein Testament zerstört sei, falls nur erwiesen sei, daß ein gültiges Testament vorgelegen habe (vgl. Matthiaß § 133 II a). Diese Ansicht hatte Berechtigung vor dem Bestehen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und hat sie im besonderen auch heute im österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch, welches die Beweislast auf den schiebt, der sich auf den Zufall stützt, d. h. wenn

ein zerstörtes Testament vorliegt, demjenigen den Beweis auferlegt, der sich auf die Gültigkeit des Testaments stützt; liegt kein Testament vor, demjenigen, der das Bestehen eines solchen behauptet. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch aber hat der Form nach im Gegensatz zu den meisten anderen Rechten, welche die Beweislast demjenigen auferlegen, der sich auf das Bestehen eines Testaments beruft und daher zu beweisen hat, daß die Zerstörung ohne Absicht durch Zufall erfolgt sei, den Beweis demjenigen aufgebürdet, der sich auf den Widerruf stützt, und diese Beweislast nur durch die Präsumtion erleichtert, daß bei einer Zerstörung durch den Erblasser Aufhebungsabsicht vermutet wird. Das ist in den Worten des Gesetzes klar enthalten.

Jedoch ist diesem Grundsatz von Brock zuviel materielles Gewicht beigelegt. Brock sagt S. 107 in bezug auf den Abs. 2 des zitierten Paragraphen: „Und gerade die hier für den einen Punkt aufgestellte Vermutung hebt um so schärfer hervor, daß für den anderen die gegenteilige Beweislast vom Gesetze gewollt ist.“ Brock meint also, daß, falls nicht erwiesen ist, daß der Erblasser selber die Urkunde zerstört hat, die ganze Beweislast auf seiten der Testamentsgegner liegt. Das wäre aber eine unbillige Härte. Vielmehr wird nur hervorgehoben, daß, falls nicht feststeht, daß der Erblasser selbst die Zerstörung vorgenommen hat, eine gesetzliche Vermutung für die Vornahme der Zerstörung durch den Erblasser von vornherein nicht begründet sein soll. Hierdurch hat das Gesetz aber nicht so sehr die Beweislast auf den, der sich auf den Widerruf stützt, schieben, als der richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO. freie Hand geben wollen bis zur Feststellung der Zerstörung durch eine Handlung des Erblassers. Dann erst soll eine gesetzliche Vermutung für den Aufhebungswillen des Erblassers begründet sein. So sagen die Motive S. 302: „Eine allgemeine Vermutung für die ursächliche Beziehung zu dem Nichtvorhandensein der Urkunde und einer Tätigkeit des Verfügenden läßt sich nicht rechtfertigen. Eher könnte noch angenommen werden, der Zustand, in welchem eine Urkunde vorgefunden wird, welche sich bis zum Tode des Verfügenden in dessen Händen befand,

sei auf Handlungen des Verfügenden zurückzuführen. Indessen auch dies würde nicht selten noch zu weit gehen. Es verdient deshalb den Vorzug, in beiden Richtungen der freien richterlichen Beweiswürdigung Raum zu lassen."

So geht auch Neumanns Formulierung S. 593 Anm. 2 A zu weit: „Eine rechtliche Vermutung besteht nicht, jedoch spricht, wenn die Einwirkung erfolgt ist, während die Urkunde sich im Besitz des Erblassers befand, regelmäßig eine tatsächliche Vermutung für seine persönliche Einwirkung." So ist allerdings auch in der früheren Praxis häufig entschieden: „Es spricht eine faktische, keine gesetzliche Vermutung dafür, daß dieser Zustand durch den Erblasser herbeigeführt sei; wer alsdann die Verletzung usw. durch einen Dritten behauptet, muß dieses beweisen" (Entscheidung des Kassationshofes Paris). Aber wird z. B. diese Vermutung von vornherein begründet sein, wenn feststeht, daß das Testament in einer Weise verwahrt war, die anderen bekannt und zugänglich war? Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist nur möglich, mit Staudinger, Wilke und anderen aus dem Gesetze zu schließen, daß diese Frage nach den Umständen des einzelnen Falles nach freiem richterlichen Ermessen zu entscheiden ist (Staudinger S. 516 unter IIIb).

Die Ausführung Brocks (S. 106/07), das Gesetz hätte dem Testamentsgegner eine zu ungünstige Position gegeben und darum zweckmäßig die Vermutung des Abs. 2 auch darauf ausdehnen sollen, daß beim Feststehen der Zerstörung der Testamentsurkunde die Vermutung begründet sei, die Zerstörung sei vom Erblasser vorgenommen, kann aus den hier ausgeführten Gründen nicht geteilt werden.

Es mag hier erwähnt werden, daß diejenigen, welche die Gültigkeit des nachweislich vom Erblasser zerrissenen Testaments für sich in Anspruch nehmen, den Beweis für das Fortbestehen des Testamentes auch durch Eideszuschiebung an die Erben des Erblassers nach § 445 ZPO. führen können, da die Eideszuschiebung auch über innere Tatsachen, mithin auch über die Absicht, die der Erblasser bei Vernichtung seines Testaments gehabt hat, zulässig ist (so auch die Rechtsprechung); die Vermutung des § 2252, 2 ist selbstverständlich, wie jede andere im

Bürgerlichen Gesetzbuch, widerlegbar und kann daher nach § 292 ZPO. durch Eideszuschiebung widerlegt werden.

Ein Rückgängigmachen des nach zitiertem Paragraph geschehenen Widerrufs, z. B. durch Unterpunktierung eines durchstrichenen Wortes, ist ausgeschlossen, nicht sowohl da hierin eine neue Testamentserrichtung ohne gültige Form liegen würde, als vielmehr wegen der aus dem § 2257 zu folgernden Umkehrung, daß ein Widerruf des Widerrufs nicht möglich ist, wenn der zu widerrufende Widerruf nicht durch Testament erfolgt ist. Jedoch ist es sehr wohl möglich, daß eine unterpunktierte durchstrichene Verfügung dennoch zu Recht besteht, nämlich dann, wenn irrtümlich falsche Worte durchstrichen gewesen sind, der Erblasser mithin gar nicht die Absicht gehabt hatte, die durchstrichene Verfügung zu widerrufen und diese daher gar nicht ungültig geworden ist, die Unterpunktierung daher nur den Zweck hatte, diese Gültigkeit festzustellen und einen Irrtum zu berichtigen. Dies wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn Unterpunktierung und Durchstreichung an demselben Tage erfolgt sind. Anderenfalls wird allerdings beweispflichtig der sein, der sich auf die Gültigkeit der durchstrichenen Verfügung beruft. Anderer Ansicht ist insbesondere P l a n c k, Erläuterung V, 5 a. E. zu § 2231, der meint, es könnten in ein eigenhändiges Testament jederzeit Änderungen eingefügt werden; er kommt dementsprechend zu dem Schluß: „Man kann daher im Grunde, solange der Erblasser lebt und testierfähig ist, von einem Abschlusse des eigenhändigen Testaments überhaupt nicht sprechen."

Aber diese Ansicht ist mit den Vorschriften über die Vornahme eines Widerrufs resp. die Errichtung eines Testaments nicht in Einklang zu bringen. Denn es ist nicht ersichtlich, inwiefern ein Testament, das der Erblasser unterschrieben, datiert und als erledigt weggelegt hat, nicht auch rechtlich als abgeschlossen gelten sollte; vielmehr hat es der Wille des Erblassers zu einem gültigen Testament gemacht. Ändert jedoch der Erblasser seinen Willen, so greifen die Vorschriften über den Widerruf Platz. Hatte aber der Erblasser etwa von vornherein den Willen, Änderungen an seinem Testamente vorzunehmen, hatte er also noch gar nicht den Willen gehabt, sein Testament gültig

werden zu lassen, so liegt erst ein Testamentsentwurf vor, aber noch kein gültiges Testament.

Das RG. Bd. 51 S. 166 teilt die hier vertretene Ansicht mit der Begründung, daß die Datierung unbedingt der Wahrheit entsprechen müsse und folglich eine spätere Änderung durch die spätere Datierung nicht gedeckt sei. Ob diese Begründung einwandfrei ist, gehört nicht zu unserem Thema. Wir sind jedoch der Ansicht, daß auch die richtige Angabe des Datums zur Gültigkeit der vorgenommenen Änderung nicht genügt, wenn diese nicht zugleich auch von der Unterschrift gedeckt wird.

3. Widerruf nach § 2256.

Der im § 2256 behandelte Widerruf ist im richtigen Sinne eher als Aufhebung denn als Widerruf zu bezeichnen, da der Mangel des Aufhebungswillens, der im allgemeinen das wesentlichste Moment des Widerrufs ist, hier unerheblich ist. Die Rückgabe eines öffentlichen hinterlegten Testaments aus der amtlichen Verwahrung an den Erblasser hat die Wirkung eines Widerrufs, wenn auch der Erblasser gar nicht widerrufen, sondern nur etwa eine einzige Verfügung ändern oder aufheben wollte. Den Grund dieser Widerrufswirkung darin zu suchen, daß die Einbringung in die Verwahrung bei Testamenten dieser Art (d. h. den gerichtlichen, notariellen und den Testamenten vor dem Gemeindevorsteher) unbedingt vorgeschrieben sei, folglich die Rücknahme aus der Verwahrung dasselbe ungültig mache, wie Planck S. 478 Anm. 1 zu zitiertem Paragraph meint, ist wohl nicht zutreffend. Denn abgesehen davon, daß die Einbringung in die öffentliche Verwahrung gar keine Muß-, sondern nur eine Sollvorschrift ist (§ 2246), folglich die Gültigkeit des öffentlichen Testaments gar nicht berührt, liegt der Tatbestand dieses Paragraphen nicht so sehr in der Entnahme des Testaments aus der öffentlichen Verwahrung als in der Rückgabe in die Hand des Erblassers; denn bis zu diesem Moment bleibt das Testament gültig. Andererseits liegt es nahe, in der Rückforderung der Urkunde seitens des Erblassers einen Widerruf zu erblicken; denn in der Tat konnte ja der Erblasser aus gar

keinem anderen Grunde das Rückgabeverlangen stellen, als in der Absicht, sein Testament aufzuheben. Da nämlich beim öffentlichen Testament nach § 2231 Abs. 1 nicht die schriftliche Urkunde als solche, sondern die öffentliche Übergabe und Erklärung zu Protokoll den wesentlichsten Teil des Formalaktes bildet, so kann der Erblasser sein Testament nicht durch Korrekturen, die er an der Testamentsschrift vornimmt, oder durch Zusätze abändern oder aufheben. Die Rückforderung der Schrift ist für ihn somit zwecklos, wenn er nicht in der Absicht handelt, sein Testament aufzuheben. Diese Absicht wird ihm daher nach § 2256, wenn die Rückgabe der Urkunde erfolgt ist, durch Fiktion unterstellt.

Der Wortlaut des § 2256 bietet nun mancherlei Schwierigkeiten. Nach der Fassung des Gesetzes enthält nämlich der zitierte Paragraph zwei von einander unabhängige Bestimmungen, die nur durch ein äußerliches Band zusammengehalten werden; nämlich 1. bestimmt der zitierte Paragraph in Abs. 2 und 3: jedes archivarische Testament, sei es ein eigenhändiges oder öffentliches, soll dem Erblasser auf sein persönliches Verlangen zurückgegeben werden, 2. in Abs. 1: die Rückgabe eines öffentlichen Testaments an den Erblasser gilt als Widerruf. Hieraus folgt durchaus noch nicht, daß zu dem Tatbestand des fingierten Widerrufs der Wille des Erblassers gehört, sein Testament aus der Verwahrung zurückzuerhalten, mit anderen Worten, daß die Rückforderung zum Tatbestand des Widerrufs gehört. Man kann hier nur dem Willen des Gesetzgebers, der aus den Motiven (S. 302, KB. 2105) ganz klar ersichtlich ist, folgen und die Bestimmung des Abs. 2 als zu dem Abs. 1 zugehörig betrachten in der Weise, daß der Abs. 2 festlegt, welcher Wille seitens des Erblassers den Tatbestand des im Abs. 1 definierten Widerrufs vervollständigen muß: nämlich der Wille, die Testamentsurkunde aus der Verwahrung zurückzuerhalten.

Im übrigen aber stehen die beiden letzten Absätze des Paragraphen in keiner Beziehung zu dem ersten. Insbesondere gibt der Abs. 2 nur eine Verhaltungsmaßregel für den fungierenden Beamten. Denn es ist zu betonen, daß aus der Bestimmung des Abs. 2, daß die Rückgabe der Urkunde nur an den Erb-

lasser persönlich erfolgen dürfe, für die Rückgabe als Tatbestand des Abs. 1 nichts gefolgert werden darf; eine bindende Vorschrift würde im Abs. 2 darum keinen Platz haben können, weil dieser Absatz auch die Rückgabe eigenhändiger hinterlegter Testamente regelt, diese Rückgabe aber Rechtsfolgen bezüglich des Testaments gar nicht haben kann, ob sie nun in gesetzwidriger Weise geschieht oder nicht. In welcher Weise daher die Rückgabe zu erfolgen hat, muß aus anderen Gesichtspunkten geschlossen werden. Hierfür kommt hauptsächlich der § 2064 BGB. in Betracht, der eine Vertretung im Willen ausschließt. Da nun die Rücknahme als Tatbestandsmerkmal des fingierten Widerrufs auch ein subjektives Willensmoment enthält, indem mit der Entgegennahme der Testamentsurkunde der Widerruf vollendet wird, so muß hiernach eine Vertretung im Willen des Erblassers bei der Entgegennahme ausgeschlossen sein und die Rückgabe daher nur an ihn persönlich erfolgen können. Es ist daher auch hier zu entscheiden, daß sich der Erblasser wohl eines anderen als Werkzeugs bedienen kann, um die Urkunde zurückzuempfangen, aber nicht eines Vertreters, und daß daher die Rückgabe an einen Vertreter zwar eine nach Abs. 2 nicht ungültige Rückgabe darstellt, jedoch zum Tatbestand des Widerrufs nicht ausreicht und keine aufhebende Wirkung hat. Das Testament kann mithin niemals ungültig werden, ehe es nicht in die Hände des Erblassers gelangt ist. Ob, falls dieses durch Vermittlung mehrerer Personen geschieht, anzunehmen ist, der Erblasser habe sie nur als Instrument, nicht als Vertreter benutzt, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden, z. B. dann meist anzunehmen, wennn der Erblasser krank ist. Dem Resultat ähnlich entscheiden Strohal, Neumann Anm. 2b zu zitiertem Paragraph.

Es ist aus dem Gesetz nicht festzustellen, wie weit sich die gesetzliche Fiktion erstrecken soll, d. h. ob nur auf den Rückforderungswillen oder auch weiter auf die Person des Erblassers. Man kann nur aus der Stellung des Paragraphen vermuten, daß der Widerruf in allen seinen Beziehungen eine letztwillige Verfügung sein soll, die Fiktion daher sich nur auf den Rückforderungswillen bezieht, d. h. zwar der Rückforderung die

Aufhebungsabsicht unterstellt, nicht aber auch z. B. die Widerrufsfähigkeit des Erblassers einbegreift. Der Erblasser muß daher widerrufsfähig sein, ob bei dem Antrage auf Rückgabe oder erst beim Rückempfange der Urkunde selbst, ist gleichgültig, da der Antrag auf Rückgabe zum Tatbestand des Widerrufs nicht mit gehört, sondern, wie Planck S. 479 zutreffend sagt, ein nur vorbereitender Antrag auf Anberaumung eines Termins zur Rückgabe ist. Denn da dem Wortlaut des Gesetzes gemäß der Widerruf mit der Zurückgabe der Urkunde an den — die Urkunde zurückfordernden widerrufsfähigen — Erblasser erfüllt ist, so folgt, daß der zum Tatbestand gehörende Rückforderungswillen nur zu dieser Zeit vorhanden zu sein braucht, nicht aber vor diesem Zeitpunkt, da in eine Zeit vorher eine zum Tatbestand des Widerrufs gehörige Handlung gar nicht fallen kann. Das von Strohal S. 316 Anm. 16 für die entgegengesetzte Ansicht angeführte Beispiel, daß ein Verwandter des gerade in vorübergehender Störung der Geistestätigkeit sich befindlichen Erblassers diesen veranlaßt, die Rückgabe des Testaments zu verlangen, daß der Erblasser bei der Rückgabe selbst gar nicht mehr geistesgestört ist, aber doch in einem Zustande, vermöge dessen er den Rückgabeakt ohne Bewußtsein dessen, was geschieht, über sich ergehen läßt, könnte vielleicht ein Argument für Unvollkommenheiten der Widerrufsbestimmungen sein; es leidet jedoch daran, daß, nachdem der Erblasser im Zeitpunkt der Rückforderung der Urkunde widerrufsunfähig war, er die Widerrufsfähigkeit im Zeitpunkte des Rückempfanges der Urkunde in Wirklichkeit auch noch nicht völlig wiedererlangt hat. Ein Beweis aber ist das Strohalsche Beispiel nicht und wird, wie Planck, Küntzel, Frommhold und andere hervorheben, schon dadurch widerlegt, daß der Erblasser die Rückforderung, falls er vorher widerrufsunfähig gewesen sein sollte, im Augenblick des Rückempfanges erneut. Betont muß hier jedoch werden, daß er sie nicht nur erneuern muß, sondern daß der vorherige Antrag auf Rückempfang überhaupt für den Tatbestand nicht in Betracht kommt und es daher überhaupt gleichgültig ist, ob der Erblasser bei diesem Antrage widerrufsfähig war oder nicht, ja ob überhaupt der Erblasser diesen Antrag

gestellt hat oder ein anderer; denn dieser Antrag ist ohne Rechtsbedeutung und ebenfalls nur als Verhaltungsmaßregel für den Beamten im Abs. 2 des zitierten Paragraphen erwähnt.

Übrigens erscheint es inkonsequent, wenn Strohal hier meint, der Eintritt des Widerrufseffekts sei zu leugnen, wenn dem Erblasser schon zur Zeit der Stellung des Verlangens der Rückgabe die Widerrufsfähigkeit fehlte, ebendaselbst aber S. 317 die Ansicht vertritt, ein mit Willensmangel behaftetes Verlangen liege nicht mehr vor, wenn sich das Verlangen bei der Rückgabe frei von einem solchen Willensmangel erneuert. Durch diese Ausführung schlägt er seine eigene vorher vertretene Ansicht, auch kann seinem Beispiel darum keine Bedeutung beigemessen werden, weil das Gesetz im § 2253 Abs. 2 ausdrücklich die Widerrufsfähigkeit auch dem Geistesschwachen zuspricht. Wenn Strohal daher sagt: „Würde das Verlangen auf Rückgabe von einem widerrufsfähigen Erblasser ausgegangen sein, so könnte die geschilderte Art der Rückgabe — nämlich die Rückgabe an einen geistig Schwachen, der die Rückgabe über sich ergehen läßt ohne rechtes Bewußtsein — dem Eintritt des Widerrufseffekts nicht entgegenstehen", so ist dem entgegenzuhalten, daß auch, wenn der Antrag auf Rückgabe von einem widerrufsunfähigen Erblasser ausgegangen ist, der Widerrufseffekt eintritt, sobald anzunehmen ist, daß der Erblasser die nach § 2253 II erforderliche Widerrufsfähigkeit seinem Geisteszustande nach besaß, daß aber auch bei Anträgen auf Rückgabe seitens eines widerrufsfähigen Erblassers der Rückgabeeffekt nicht eintritt, wenn die Widerrufsfähigkeit im Augenblick der Rückgabe nicht vorhanden ist.

Der Erblasser kann daher seine Erklärung bis zum Moment der Rückgabe widerrufen; ist z. B. im Wege der Rechtshilfe auf Verlangen des Erblassers dessen Testament dem Amtsgericht seines Wohnsitzes übermittelt, so steht es ihm frei, dieses bis zum Augenblicke der Entgegennahme zu gültigem Bestand in die amtliche Verwahrung zurückgehen zu lassen. Gelangt es dennoch gegen seinen Willen in seine Hände, so gilt es darum nicht als widerrufen, weil das Rückgabeverlangen im entscheidenden Moment, nämlich bei der Entgegennahme, fehlte. Strohal S. 315 pflichtet dieser Ansicht insofern bei, als er den

allgemeinen Fall im Auge hat, daß der Erblasser sein Testament überhaupt nicht zurückverlangt hat.

Übrigens mag unser Beispiel zeigen, daß Küntzels Meinung (S. 600), derartige Fälle, in denen die Urkunde gegen den Willen des Erblassers in seine Hände zurückgelangt, seien unmöglich, durchaus nicht zutrifft. Es lassen sich vielmehr zahlreiche Fälle denken, in denen, vielleicht gegen die Bestimmung des Abs. 2, die Urkunde ohne Willen des Erblassers in seine Hände fällt, besonders in Fällen, wo er sein Rückgabeverlangen nachträglich aufgegeben hat, inzwischen erkrankt ist und die Urkunde ihm auf irgend eine Weise, z. B. durch einen Familienangehörigen, zugestellt wird. Darum kann auch kein gültiger Widerruf zustande gekommen sein, wenn der Erblasser sein Testament zwar zurückgefordert hatte, im entscheidenden Moment der Rückgabe aber derart erkrankt ist, daß er als willensfähig nicht betrachtet werden kann. Die Rückgabe muß in solchen Fällen aufgeschoben werden und wird unmöglich, wenn der Erblasser inzwischen verstirbt. Die nachträgliche Genehmigung der Rückgabe durch den Erblasser, der sein Testament zurückverlangt, aber im widerrufsunfähigen Zustande zurückbekommen hat, kann zum Widerruf nicht genügen, da die Urkunde in diesem Falle nicht von einer als Instrument des Erblassers fungierenden Person entgegengenommen ist, sondern vielmehr von einem Vertreter und eine Vertretung im Willen, wie oben ausgeführt, auch beim fingierten Widerruf als einer letztwilligen Verfügung unstatthaft ist.

Es haben sich darüber Streitfragen gebildet, ob die Widerrufsfiktion sich auf das fingiert widerrufene Testament an sich oder nur auf dieses als öffentliches Testament bezieht. Letztere Ansicht vertreten insbesondere Strohal und Hellmann S. 223 und folgern hieraus, daß, falls das Testament zugleich der Form eines holographischen Testaments Genüge leiste, das Testament nach der Rücknahme aus der Verwahrung als eigenhändiges fortbestehe. Insbesondere sagt Strohal S. 317: „Es wird doch wohl anzunehmen sein, daß das Testament infolge der Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung nur den Charakter eines öffentlichen Testaments einbüßt.“ Aber der Wortlaut des Ge-

setzes steht dem ausdrücklich entgegen. Für das österreichische Recht, auf das sich Strohal beruft, besteht allerdings die Frage, ob ein amtlich verwahrtes Testament durch Rücknahme aus der Verwahrung den Charakter eines öffentlichen Testaments verliert oder nicht. Diese Streitfrage hat das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Recht aus der Welt geschafft, aber im entgegengesetzten Sinne, als Unger und Pfaff-Hoffmann für das österreichische Recht ausführen und im Anschluß daran auch Strohal für das deutsche Recht begründen will; denn da die amtliche Verwahrung nur als Ordnungsvorschrift nach § 2246 in das BGB. aufgenommen ist, kann das öffentliche Testament durch die Rücknahme aus der Verwahrung die Eigenschaft eines öffentlichen Testaments nicht verlieren, es bleibt an sich auch nach der Rücknahme aus der Verwahrung bestehen. Der § 2256 gibt eine hiervon gänzlich verschiedene Bestimmung, nämlich die, daß ein aus der amtlichen Verwahrung genommenes, an den Erblasser auf dessen Verlangen zurückgegebenes öffentliches Testament als widerufen, nicht etwa als nichtig gelten soll. Daß sich ein Widerruf aber nur auf die besondere Form eines Testaments, abgesehen von seinem Inhalt, beziehen soll, ist ein Widerspruch in sich. Ein Testament widerrufen heißt nichts anderes, als durch Widerruf seines Inhalts die Wirksamkeit aufheben. Anderes ist aus den klaren Worten des § 2256 auch nicht zu folgern. Die Form eines Testaments wird durch den Widerruf gar nicht berührt, sondern ausschließlich sein Inhalt. Die Vernichtung von Formbestandteilen im § 2255 durch Zerstörung der Urkunde und im § 2256 durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung (im eigentlichen Sinne ist die amtliche Verwahrung allerdings kein Formbestandteil in der Testamentserrichtung) begründen nur in Verbindung mit dem Aufhebungswillen resp. Rückverlangen der Urkunden seitens des Erblassers eine Widerrufsvermutung resp. Fiktion. Nichtig aber wird dadurch das Testament nicht. Der Widerruf bezieht sich daher stets auf das Testament, abgesehen von der Form, in der es errichtet ist. Auch der Widerruf des § 2256 bezieht sich, gesetzt nur, daß ein öffentliches Testament vorliegt, auf dessen Inhalt überhaupt, nicht auf das Testament als öffentliches

Testament. Daß es, nachdem es aus der amtlichen Verwahrung genommen ist, noch die Form eines eigenhändigen Testaments wahrt, ist gleichgültig, ja es wahrt ja sogar noch die Form eines öffentlichen; aber es ist widerrufen und kann daher und nur daher keine Wirkungen äußern.

Rückgängig gemacht werden kann der Widerruf nach zitiertem § 2257 nicht. Haftet jedoch dem Widerruf selbst ein Formmangel an, Widerrufsunfähigkeit des Erblassers oder Mangel im objektiven Tatbestand, so bleibt das Testament gültig, selbst wenn die Urkunde niemals wieder in die amtliche Verwahrung zurückgelangt. Die Ansicht Hellmanns S. 223, daß in der Errichtung eines öffentlichen Testaments, dessen Niederschrift schon an sich den Bedingungen des eigenhändigen Testaments genüge, eine erneute Testamentserrichtung zu sehen sei, das eigenhändige Testament daher nach Widerruf des später errichteten öffentlichen Testaments nach § 2258 Abs. 2 wieder auflebe, ist wohl schon dadurch zu widerlegen, daß der Erblasser, der nach § 2238 die Testamentsschrift an den Richter oder Notar übergibt, gar nicht die Absicht hatte, das Testament als eigenhändiges zu errichten, vielmehr die Niederschrift nur als die seinen letzten Willen enthaltene Schrift nach § 2238 übergibt. Er hat somit ein eigenhändiges Testament überhaupt nicht errichtet. Hatte er aber in der Tat ein eigenhändiges Testament errichtet und übergibt später dieselbe Urkunde zur Errichtung eines öffentlichen Testaments dem Richter oder Notar, so gibt er hiermit, ohne indes sein eigenhändiges Testament zu widerrufen, seinen Willen kund, daß diese Urkunde nicht als eigenhändige Testamentsurkunde, sondern die als seinen letzten Willen enthaltende Schrift nach § 2238 aufzufassen sei. Es sei hier auf die Erörterung Küntzels S. 602/03 hingewiesen, der ausführlich dartut, daß es widersinnig ist, von einem nach § 2238 amtlich hinterlegten eigenhändigen Testament zu reden. Küntzel sagt unter anderem: „Da die Anwendung von Formvorschriften nicht vom Willen des Erblassers, sondern lediglich vom Willen der amtlichen Handlung abhängt, so würde der Richter oder Notar voraussichtlich ablehnen, die Überreichung eines eigenhändigen Testaments zur Verwahrung in den Formen der §§ 2233 ff.

zu beurkunden. Sollte das aber auch einmal mißbräuchlich geschehen, so würde freilich eine demnächstige Rückgabe nach § 2256 Abs. 3 zu beurteilen sein.“ Küntzel betont hier mit Recht, daß die Form des Testaments vom Inhalt der Amtshandlung abhängt, und daß hiernach die Form des Testaments zu prüfen ist. Hat der Erblasser daher ein eigenhändiges Testament unter Beobachtung aller für die Errichtung eines öffentlichen Testaments erforderlichen Formen zur amtlichen Verwahrung übergeben, so ist zu prüfen, ob das Testament ein eigenhändiges in amtliche Verwahrung gemäß § 2248 gebrachtes Testament ist, welches vielleicht durch Irrtum des Richters oder Notars nach der Vorschrift des § 2238 behandelt wurde, oder ob durch diesen Akt ein öffentliches Testament errichtet ist. Die später vorgenommene Rücknahme aus der Verwahrung ist dementsprechend zu beurteilen. Die unsere Ansicht teilenden Schriftsteller, Planck Anm. 5 zu zitiertem Paragraph; Cosack § 385 Anm. 9; Böhm S. 201 Anm. 1, gehen in ihrer Begründung dennoch fehl. Sie gehen davon aus, daß durch Errichtung des öffentlichen Testaments das eigenhändige in ein öffentliches verwandelt sei und dadurch die Eigenschaften des eigenhändigen verloren habe. Mit Recht setzt Dernburg § 30 V unter Anm. 13 dem entgegen: „Kein Gesetz schreibt vor, daß das Testament mit der öffentlichen Formalisierung, die doch nur zur größeren Sicherheit geschieht, seine Kraft als eigenhändiges Testament verliert.“ Aber auch die von Dernburg geforderte Gültigkeit des Testaments, welches als öffentliches aus der amtlichen Verwahrung genommen sei, aber als eigenhändiges bestehen bleibe, ist irrtümlich. Vielmehr folgt aus Dernburgs Argumenten nur, daß nach den Vorschriften des § 2084 bei Ungültigkeit des Testaments als eines öffentlichen Testaments dasselbe als eigenhändiges Testament aufrecht erhalten bleibe. Eine derartige Ungültigkeit aber liegt beim Widerruf, wie gesagt, gar nicht vor; vielmehr liegt ein wenn auch fingierter Widerruf vor, der die Eigenschaft des Testaments als eines eigenhändigen oder öffentlichen Testaments unberührt läßt und nur die Aufhebung desselben bewirkt. In diesen aus dem Gesetz gezogenen Folgerungen kann eine Inkonsequenz des Gesetzgebers, wie

Strohal in der ersten Auflage seines Buches S. 54 bei der seiner späteren Ansicht entgegengesetzten Auffassung vertritt, nicht gefunden werden. Denn einmal wäre die nur fakultativ vorgeschriebene Einbringung des eigenhändigen Testaments in die amtliche Verwahrung nach § 2248 und die Rücknahme aus der Verwahrung, die im Gegensatz zu der Rücknahme eines öffentlichen Testaments aus der Verwahrung ja auch geschehen kann, um Änderungen an der Urkunde vorzunehmen, doch nicht angetan, eine Vermutung oder gar Fiktion für den Widerruf zu begründen. Andererseits aber wird häufig die nach § 2238 eingereichte Testamentsschrift Datum, Ort und Unterschrift aufweisen, mithin die Form eines eigenhändigen Testaments erfüllen. Wäre es nicht unangebracht, wollte man trotz der Rückholung aus der amtlichen Verwahrung, die der Erblasser in der Regel in Widerrufsabsicht vornehmen wird, das widerrufene Testament als eigenhändiges bestehen lassen? Will aber der Erblasser in der Tat das zurückgeholte Testament als eigenhändiges fortbestehen lassen, so hat er ja nur nötig, der Schrift die Erklärung beizufügen, daß sie sein Testament sei, und sie mit dem nun entsprechenden Datum, Ort und Unterschrift zu versehen.

Von welcher Seite die Testamente entgegengenommen werden, resp. die Rückgabe erfolgt, ob von Verwahrungsbeamten, Testamentsrichtern oder Notaren, unterliegt den Landesgesetzen. Ob der Erblasser, der die Urkunde zurückverlangt, widerrufsfähig ist oder nicht, braucht der Beamte nicht zu prüfen. Der Erblasser muß nur seine Person legitimieren, da die Urkunde ja an ihn persönlich zurückzugeben ist. Welche Rechtswirkungen jedoch an die Rückgabe geknüpft sind, ist für die Rückgabe gleichgültig und von dem zur Rückgabe befugten Beamten auch nicht zu prüfen; ja selbst wenn die Rückgabe an den Erblasser auf ungesetzliche Weise, etwa durch einen gar nicht zur Rückgabe Befugten, erfolgte, würde doch die Widerrufsfiktion Platz greifen. Festzuhalten ist aber daran, daß die Urkunde, damit an die Rücknahme aus der Verwahrung die Widerrufswirkung geknüpft wird, vorher in besondere amtliche Verwahrung genommen sein muß. Die von Jastrow S. 204 Anm. 2 zu zitiertem

Paragraph vertretene Ansicht, der Notar könne die Urkunde, wenn der Testator sein Testament habe widerrufen wollen, diesem zurückgeben, bevor es an das Amtsgericht in die amtliche Verwahrung abgeliefert sei, kann nicht geteilt werden. Diese Ansicht verträgt sich auch nicht mit den Grundsätzen über gewöhnliche Notariatsprotokolle. Notarielle Urkunden bleiben, vgl. Art. 42 des preuß. Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit, im allgemeinen stets in notarieller Verwahrung. Zur Rückgabe an die Parteien resp. an den Testierenden ist aber der Notar keinesfalls befugt. Gibt er die Protokolle dennoch heraus, so können sich Rechtswirkungen jedenfalls hieran nicht knüpfen. Im Gegensatz zu dieser ersten Verwahrung, der die Testamentsurkunden wie andere notarielle Urkunden von Anfang an unterliegen, — beim richterlichen Testament durch das Gericht, bei notariellen Testamenten durch den Notar und bei Testamenten nach § 2249 durch den Gemeindevorsteher — müssen Testamentsprotokolle nach § 2246 BGB. in besondere amtliche Verwahrung gegeben werden, deren Aufhebung vom Erblasser jederzeit verlangt werden kann und zugleich die Aufhebung des Testaments nach sich zieht.

Die rechtliche Natur der Verwahrung resp. der Rücknahme aus der Verwahrung ist bestritten; es ist zweifelhaft, ob überhaupt der Fiskus bezw. als dessen Vertreter der Beamte als Vertragsgegner aufgefaßt werden kann. Unsere Ansicht vertritt insbesondere Ude, Die amtliche Verwahrung letztwilliger Verfügungen, im Zentralblatt 1901/02 S. 408.

Das Rechtsgeschäft der Rücknahme der Urkunde würde hiernach wegen eines Willensfehlers bezw. mangelnder Widerrufsfähigkeit oder Verwechslung der zurückgegebenen Urkunde mit einer anderen nichtig sein resp. der Anfechtung wegen Irrtum unterliegen. Vgl. auch Mot. 1 c.

Aber nur aus dieser besonderen amtlichen Verwahrung kann der Erblasser sein Testament zurückverlangen. Der Umstand, daß, wie Jastrow ausführt, unnötige Kosten entstehen und das Verfahren umständlich gemacht wird, kann zu einer gegenteiligen Ansicht nicht führen. Wie ein notarieller Vertrag, den die Parteien, nachdem sie ihn unterschrieben haben, nur durch

neuen Vertrag widerrufen, aber nicht einfach zerrissen werden kann, sondern gestempelt und in notarielle Verwahrung genommen werden muß, so kann auch das notarielle Testament nicht einfach aus der amtlichen Verwahrung zurückgefordert werden, sondern erst durch Zurücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung den Widerruf begründen. Das ist auch in Anbetracht der Wichtigkeit des Rechtsgeschäfts des Widerrufs keine Härte. Will der Erblasser die Einbringung in die amtliche Verwahrung nicht abwarten, so kann er ja leicht das Testament durch ein neues Testament widerrufen.

Für die vor 1900 bei einem Notar in amtlicher Verwahrung befindlichen öffentlichen Testamente (vgl. besonders die Rheinische Notariatsordnung Art. 37), die nach Art. 214 des EG. z. BGB. in besondere amtliche Verwahrung nicht gebracht zu werden brauchten, muß allerdings der § 2256 direkte Anwendung finden: das heißt, die Zurückgabe der Testamentsurkunde aus der amtlichen Verwahrung an den Erblasser gilt in diesem Falle als Widerruf. Die besondere amtliche Verwahrung können übrigens auch heute noch die Notare in Lübeck und Württemberg (dort die Registernotare) übernehmen. In diesen Fällen wird daher der Notar die Testamentsurkunde nebst den Protokollen unmittelbar nach der Errichtung des Testaments an den Erblasser auf dessen Verlangen zurückgeben können. Im allgemeinen aber sind die zuständigen Stellen für die Verwahrung bei allen Bundesstaaten die Amtsgerichte, die daher auch für die Rückgabe des Testaments zuständig sind.

4. Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments.

Der Widerruf einer korrespektiven Verfügung eines gemeinschaftlichen Testaments, welcher gemeinschaftlich von beiden Ehegatten erfolgt, geschieht nach allgemeinen Grundsätzen. Dies ergibt sich nicht so sehr aus dem § 2292 als aus Satz 2 des § 2271 Abs. 1: „Durch eine neue Verfügung von Todes wegen kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen seine Verfügung nicht einseitig aufheben.“ Hieraus folgt, daß beide Ehegatten

gemeinschaftlich sehr wohl ihre Verfügungen testamentarisch widerrufen können.

Der hier in Rede stehende Widerruf bezieht sich nur auf korrespektive Verfügungen, nicht auf das gemeinschaftliche Testament überhaupt, und zwar nur auf korrespektive Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen, was aus der Bezugnahme des § 2171 auf § 2270 hervorgeht.

Der Widerruf kann in jeder für den Widerruf gesetzlich zulässigen Form geschehen. Die tatsächliche Vernichtung der Testamentsurkunde nach § 2255 wird natürlich regelmäßig nur durch einen Erblasser erfolgen. Die Gültigkeit dieses Widerrufs beruht aber nicht auf der formlosen Zustimmung des anderen Ehegatten, sondern darauf, daß der Widerruf gemeinschaftlich von beiden Teilen erfolgt und der die Urkunde zerreißende Ehegatte gleichzeitig als Instrument in der Hand des anderen handelt. Die Vorschrift des § 2272, daß ein gemeinschaftliches Testament nach § 2256 nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden kann, ist an sich selbstverständlich, jedoch ergibt sich daraus, abgesehen davon, daß auch ein nach § 2248 hinterlegtes Testament nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden kann, daß auch nach dem Tode des einen Ehegatten der Überlebende, der im allgemeinen, falls er das ihm Zugewandte ausschlägt, nach § 2271 II seine Verfügung aufheben kann, den Widerruf nach § 2256 dennoch nicht ausüben kann. Eine Rückgabe ist dann überhaupt nicht mehr zulässig. So auch die herrschende Literatur. Die Rückgabe an nur einen Ehegatten hat daher keine Rechtswirkungen. Planck S. 510; Böhm S. 214.

Auch der einseitige Widerruf einer korrespektiven gemeinschaftlichen Verfügung ist bei Lebzeiten des anderen Ehegatten unbeschränkt zulässig; er ist jedoch an eine besonders erschwerte Form gebunden und erfolgt nach § 2271 in Verbindung mit § 2296 durch gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung des widerrufenden Teils gegenüber dem anderen. Der von Strohal S. 333 Anm. 12 und von Löwenwald S. 65/68 unternommene Angriff gegen die Vorschrift erscheint nicht gerechtfertigt. Daß die Güligkeit des Widerrufs von der Mitteilung

des anderen abhängen muß, halten beide für gerechtfertigt, Löwenwald ist jedoch der Ansicht, daß durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung den Leuten niederen Standes der Widerruf erschwert oder unmöglich gemacht wird (S. 65), und Strohal wie Löwenwald sehen eine Inkonsequenz darin, daß das Gesetz die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments ohne Zuziehung von Notar und Richter zuläßt, jedoch zum Widerruf Mitwirkung eines Notars oder Richters verlangt. Gegen das erste Argument ist zu sagen, daß ja auch Niedere kostenlos ihr gemeinschaftliches Testament widerrufen können, wenn nur der Widerruf gemeinschaftlich erfolgt. Dadurch, daß es ihnen erschwert wird, ihr Testament einseitig, das heißt ohne oder gegen den Willen des anderen, zu widerrufen, wird vielleicht viel Ärger und Zerwürfnis erspart. Im übrigen aber bietet die gerichtliche oder notarielle Beurkundung das einzige Mittel für beide Ehegatten, den Beweis zu sichern. Wie könnte sonst wohl erwiesen werden, daß die Mitteilung erfolgt, wenn der eine Ehegatte behauptet, den anderen benachrichtigt zu haben, dieser aber bestreitet, eine Mitteilung erhalten zu haben? Für derartige Fälle bietet die gerichtliche oder notarielle Beurkundung die größtmögliche Sicherheit.

Einem Abwesenden gegenüber erfolgt die Mitteilung nach den Vorschriften des § 132 BGB. durch öffentliche Zustellung. Strohal S. 332 Anm. 10 und Hellwig a. a. O. S. 643 beanstanden allerdings das Operieren mit einer durch öffentliche Zustellung zu bewirkenden Verfügung von Todes wegen als „ein Unikum in der Rechtsgeschichte“. Zu beachten ist aber doch, daß der Erblasser nicht nur seine eigene Verfügung widerruft, sondern auch die Unwirksamkeit der korrespektiven Verfügung des anderen nach § 2270 bewirkt.

Bedarf der Widerrufende zum Widerruf der vollen Geschäftsfähigkeit oder nur der Widerrufsfähigkeit? Diese Frage erledigt sich durch den § 2296 Abs. 1: „Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.“ Diese Vorschrift muß analog auch hier für beide Teile Anwendung finden, wenn an der Anwendung des § 2253, 2 überhaupt Zweifel bestehen sollten; mit-

hin aber auch, wenn der die Mitteilung empfangende Teil in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, aber testierfähig ist. Die nach § 131 BGB. im allgemeinen erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Empfangnahme der Erklärung ist nicht notwendig, jedoch muß die Mitteilung von dem anderen Teil persönlich entgegengenommen werden.] Im gleichen Sinne entscheidet Strohal S. 332 Anm. 10.

Strohal meinte in seiner 2. Aufl., der einseitige Widerruf könne auch durch einseitige letztwillige Verfügung erfolgen, gesetzt nur, daß der andere Ehegatte zustimmt. Er hat aber später diesen Standpunkt aufgegeben, fügt jedoch Einschränkungen bei. Er sagt S. 335/36: „Nach § 2291 kann eine erbvertragsmäßige Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist, von dem Erblasser durch Testament dann aufgehoben werden, wenn der andere Vertragsteil seine Zustimmung zur Aufhebung durch gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung ausgesprochen hat. Dies muß auch auf den Widerruf von den im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen korrespektiven Vermächtnissen und Auflageverfügungen zur entsprechenden Anwendung gebracht werden.“ Unseres Erachtens widerspricht dies dem zweiten Satze des ersten Absatzes des § 2271 aufs schärfste. Der § 2291, den Strohal zum Vergleiche heranzieht, sagt für den Widerruf korrespektiver Testamente nichts, denn es ist nicht richtig, daß, wie Strohal in seiner zweiten Auflage sagt, „nach rechtslogischen Grundsätzen die testamentarische Aufhebung mindestens unter denselben Voraussetzungen möglich sein muß, wie in betreff vertragsmäßiger Verfügungen“ (Anm. 17 S. 186); vielmehr sind die Voraussetzungen für den Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrags, wie es ihre Natur verlangt, gerade entgegengesetzt: Für den Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments bedarf die Mitteilung für den Widerruf des Erbvertrags im Falle des § 2291 die Zustimmung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Im ersten Falle wird der freien Widerruflichkeit des Testaments, im zweiten Fall der Bindung an den Erbvertrag Rechnung getragen, so daß im ersten Falle das Testament zwar frei widerruflich ist, aber der Widerruf in der Form erschwert ist, im

zweiten Falle der Erbvertrag nicht frei widerruflich ist, der Widerruf vielmehr der Zustimmung des anderen Teiles bedarf. Die Zustimmung des anderen Teiles nach § 2291 kann daher auf den Widerruf gemeinschaftlicher Testamente keine analoge Anwendung finden. Zudem gibt aber der § 2271 klare zwingende Vorschriften: er verbietet die einseitige Aufhebung durch Testament. Alle Testamente aber außer dem gemeinschaftlichen sind einseitig. Testament heißt ja gar nichts anderes als einseitige letztwillige Verfügung. Man kann das Wort einseitig nicht so auslegen, als bedeute es nur „nicht ohne Zustimmung des anderen Teiles". Auch eine gegebene Zustimmung würde ein Testament zu einer zweiseitigen Verfügung niemals umwandeln.

Eine Erleichterung, wie sie das Gesetz bezüglich der Aufhebung bindender Vermächtnisse und Auflagen durch Testament in Verbindung mit der notariell beurkundeten Zustimmungserklärung des anderen Teils in § 2291 geschaffen hat, wäre, wie oben dargetan, der Natur des Testaments unangemessen, hätte aber zum mindesten vom Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben werden müssen, wenn sie auch hier Platz greifen sollte. Man kann den Schluß, daß, wenn die notariell beurkundete Mitteilung an den anderen zur Gültigkeit genüge, die notariell beurkundete Zustimmungserklärung das plus sei und darum die Gültigkeit des Widerrufstestaments bewirken müsse, nicht gelten lassen. Die Zustimmung des anderen ist vielmehr etwas gänzlich Unwesentliches; sie wird zur Gültigkeit des Widerrufs nicht verlangt, kann aber daher auch kein gültiges Widerrufstestament begründen. Sie ist von Bedeutung ausschließlich als Bestandteil eines neuen gemeinschaftlichen Testaments und kann nur in dieser Form einen gültigen, aber zweiseitigen Widerruf begründen.

Löwenwald S. 68 macht bei Auslegung dieser Vorschrift einen doppelten Fehler. Er behauptet zunächst, es sei ungerechtfertigt, daß ein Ehegatte nicht einseitig „also nur wenn der andere Ehegatte zustimmt" seine Verfügung durch neue Verfügung aufheben könne, und zweitens sei man nicht berechtigt, Zustimmung zu fordern, da kein Vertrag vorliege. Aber warum folgert Löwenwald aus seiner zweiten Behauptung nicht das Richtige? Denn gerade weil von einer Zustimmung bei Testa-

menten keine Rede sein kann, wird sie auch im Gesetz gar nicht gefordert. Der Ehegatte kann einseitig seine Verfügung ohne Zustimmung des anderen Ehegatten aufheben. Der Widerruf unterliegt nur der im ersten Satz vorgeschriebenen Form.

Der Satz 2 des ersten Absatzes von § 2271 bezieht sich in erster Linie auf Testamente positiven Inhalts, durch welche Verfügungen nicht einseitig aufgehoben werden sollen. Auf die Aufhebung durch Widerruf bezieht er sich insofern, als hieraus die Gültigkeit eines nicht einseitigen, das heißt eines gemeinschaftlichen Widerrufs hervorgeht, wie auch Küntzel S. 606 hervorhebt. Daß der einseitige Widerruf nicht durch Widerrufstestament erfolgt, ist ja nur eine Vereinfachung, indem schon die notariell oder gerichtlich beurkundete Erklärung als Widerruf genügt, mithin einen Testamentswiderruf unnötig erscheinen läßt. Löwenwald sagt S. 68 weiter: „Vielmehr müßte auch hierauf das allgemeine Prinzip angewendet werden und der eine Ehegatte auch einseitig ohne Zustimmung des anderen durch neue Verfügung von Todes wegen von der alten Verfügung abgehen können, nur müßte er dem anderen Teil eine Mitteilung machen.“ Aber was Löwenwald hier als Forderung aufstellt, ist ja tatsächlich vom Gesetz vorgeschrieben. Das Gesetz hat der von Löwenwald geforderten Mitteilung nur eine Form gegeben und der beurkundeten Mitteilung aufhebende Wirkung beigelegt, mithin eine andere Form des Widerrufs für unnötig erklärt.

Daß die im § 2271 gebrauchten Worte „nicht einseitig“ soviel bedeuten als „nicht ohne Zustimmung des anderen Ehegatten“ meint auch Wilke, Anm. 3 zum zitierten Paragraph und Strohal in seiner früheren Auflage S. 187. Die allgemeine Literatur stellt sich auf unsere Seite: Planck Anm. 2b; Cosack § 360 Anm. 18; Endemann III § 45 Anm. 18; Böhm, Frommhold, Staudinger, Küntzel u. a.

Mit dem Tode des anderen Ehegatten erlischt das Recht des Widerrufs für den Überlebenden. Die Angemessenheit dieser Bestimmung ist schon in einem früheren Kapitel erläutert. Das Bürgerliche Gesetzbuch schreibt angemessen auch vor, daß der Überlebende trotzdem widerrufen kann, falls er das ihm Zuge-

wendete ausschlägt. Jedoch schreibt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht vor, daß das Widerrufsrecht mit der Annahme der Erbschaft erlischt, sondern vielmehr, daß es mit dem Tode des anderen Teiles erlischt, mithin mit der Ausschlagung wieder auflebt. Das ist auch für das Bürgerliche Gesetzbuch die allein richtige Bestimmung, denn jede Erbschaft geht unmittelbar auf den Erben über, ohne daß dieser eine Annahmeerklärung abzugeben braucht, nur die Ausschlagung bedarf einer besonderen Erklärung. Die Ausschlagung bedarf demnach auch hier der im § 1945 vorgeschriebenen Form (öffentliche Beglaubigung); die in einem neuen Testament des überlebenden Ehegatten abgegebene Erklärung, die Erbschaft ausschlagen zu wollen, würde demnach nicht genügen und ein solches Testament, falls z. B. der Ehegatte nach dem Tode des anderen verstirbt, ungültig sein.

Wenn der Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, muß die Ausschlagung durch den gesetzlichen Vertreter erfolgen. Unterläßt sie dieser, so ist der Ehegatte an das Testament gebunden. Ebenso müssen die im § 1944 vorgeschriebenen Fristen gewährt werden. Ähnlich auch Planck S. 504/05. Zu beachten ist hierbei, daß nur die Ausschlagung des ihm selbst Zugewendeten das Widerrufsrecht wieder erstehen läßt, nicht etwa z. B. die Ausschlagung des seinen Kindern Zugewendeten. Die Aufhebung kann selbstverständlich in jeder Form geschehen, durch Widerruf, durch Testament positiven Inhalts oder durch Erbvertrag. Ausgeschlossen ist nur kraft gesetzlicher Vorschrift des § 2272 der Widerruf nach § 2256. Warum jedoch, wie Planck Anm. 2 c meint, der Widerruf auch nach § 2255 ausgeschlossen sein will, ist nicht ersichtlich.

Irrtümlich bezieht Cosack II § 360 Nr. 4, 3 c die Aufhebung nur auf die Aufhebung des neuen Testaments positiven Inhalts. Cosack mißversteht hier den Begriff der Aufhebung, der, wie früher erläutert, Widerruf und Aufhebung durch neues Testament umfaßt. Hätte die Aufhebung nur durch neues Testament erfolgen sollen, so würde das Gesetz dieses ausgesprochen haben. Das im Abs. 2 des § 2271 gebrauchte Wörtchen „jedoch“ kennzeichnet übrigens zur Genüge, daß eine Ausnahme von der Bestimmung, daß das Recht zum Widerruf mit dem Tode des

anderen Ehegatten erlischt, gemacht werden soll. Dieses Wörtchen kann daher nicht als Beweis dafür angeführt werden, daß die Aufhebung sich auf den Widerruf nicht mit beziehen könne. Unrichtig ist daher auch, daß der Ehegatte positiv testierfähig sein muß. Zum Widerruf genügt selbstverständlich negative Testierfähigkeit (Cosack ebendaselbst).

Nach der Annahme des ihm Zugewendeten resp. nach Verstreichung der Ausschlagefrist ist der überlebende Ehegatte zur Aufhebung seiner korrespektiven Verfügung nicht befugt. Zwar hatten die Motive zunächst den entgegengesetzten Standpunkt verteidigt in Ansehung der freien Widerruflichkeit des Testaments; die Richtigkeit des vom Bürgerlichen Gesetzbuch eingenommenen Standpunktes ist jedoch schon in einem früheren Kapitel erläutert. Als Ausnahme von dieser Bestimmung hat das Bürgerliche Gesetzbuch die Aufhebung der korrespektiven Verfügung auch nach Annahme der Zuwendung zugelassen, wenn sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt oder berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre (§ 2271, 2). Ferner kann der Überlebende bei übermäßiger Verschwendung des Bedachten, falls dieser ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling eines der Ehegatten ist, dessen Pflichtteilsrecht durch die Anordnung beschränken, daß das ihm Hinterlassene oder der ihm gebührende Pflichtteil dessen gesetzlichen Erben als Nacherben oder Nachvermächtnisnehmer erhalten sollen. Der Überlebende kann auch die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen (§ 2271, 3). Eine eigentliche Aufhebung ist diese letzte Bestimmung nicht zu nennen. Betont muß werden, daß, was im Gesetz nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, der Überlebende nur seine Verfügung aufheben darf, diese allerdings auch, wenn der Bedachte sich einer Verfehlung gegen den verstorbenen Ehegatten schuldig gemacht hat. Unrichtig aber ist, wie Endemann S. 196 behauptet: „Er (der Überlebende) darf ferner auch, wenn er die Erbschaft annimmt, die einem Dritten sowohl von ihm selbst als auch vom verstorbenen Ehegatten gemachte Zuwendung durch eine letztwillige Verfügung aufheben, wenn der Bedachte sich einer Verfehlung

schuldig gemacht hat, die an sich zur Entziehung des Pflichtteils berechtigten würde . . . . Diese Aufhebung geschieht im Sinne des verstorbenen Ehegatten.“ Auch Löwenwald S. 49 verficht denselben Standpunkt, indem er sagt: „Mit dem Tode des Erstverstorbenen ist das Testament desselben vollkommen erledigt (abgesehen von dem Gebundensein). Die Vermögen der beiden Testatoren sind in eins verschmolzen und der Überlebende hat die Befugnis, wenn nur nicht das Gebundensein verletzt wird, mit dem ganzen Vermögen, einerlei von wem es stammt, zu tun, was er will.“ Diese Ausführungen sind an sich richtig, aber daraus folgt dennoch nicht, daß der Überlebende die Verfügung eines anderen, nämlich des verstorbenen Ehegatten, aufzuheben befugt sein soll; das hätte das Gesetz ausdrücklich hervorheben müssen. Es geht vielmehr aus dem Abs. 2 des § 2271 hervor, daß der überlebende Ehegatte nur seine eigene Verfügung aufzuheben befugt sein soll; das Gesetz sagt: „Der Überlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt. Auch nach der Annahme der Zuwendung ist der Überlebende zur Aufhebung (sc. seiner Verfügung) nach Maßgabe des § 2294 und des § 2236 berechtigt.“ Im Fall der Verfehlung des Bedachten kann daher der Ehegatte zwar seine eigene korrespektive Verfügung aufheben, auch geschieht diese Aufhebung, wie Endemann sagt, im Sinne des vorverstorbenen Ehegatten, da ja an sich der Überlebende an seine korrespektive Verfügung gebunden ist. Daß mit dem Tode des einen Ehegatten dessen Testament erledigt, ist auch richtig; der Überlebende kann jedoch mit dem ganzen Vermögen nur insoweit tun was er will, als es ihm hinterlassen ist und nur insoweit sind die Vermögen der beiden in eines verschmolzen. Nur bei gemeinschaftlichen Verfügungen über den Nachlaß des überlebenden Teiles ist der Überlebende zur Aufhebung berechtigt, da nach dem Tode des Erstverstorbenen die Zuwendung nur noch auf der Verfügung des Überlebenden beruht. Ähnlich Planck § 2271 IV, 2; Staudinger §§ 2270, 2271 III A. 3.

Das Gericht definiert im ersten Absatz den Begriff der korrespektiven Verfügungen als gemeinschaftliche Verfügungen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht

ohne die Verfügung des anderen getroffen sei. Im zweiten Absatz wird noch eine Auslegungsregel gegeben: „Im Zweifel sind korrespektive Verfügungen dann anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen eine Zuwendung gemacht ist oder für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen ist, die mit dem Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahesteht."

Die Annahme Frommholds, Anm. 2b zu § 2270, der Gegenstand dieser Zuwendung an den Dritten sei derselbe wie der dem anderen Ehegatten zugewendete, ist falsch. Vielmehr könnte in diesem Falle darum gar keine Korrespektivität in Frage kommen, weil nur Verfügungen eines einzelnen Ehegatten vorliegen würden. Vgl. Planck Anm. 4b.

Korrespektive Verfügungen können nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen sein (Abs. 3). Löwenwald steht dieser letzten Vorschrift ohne Grund befremdet gegenüber, denn das von ihm geforderte Resultat, daß anderen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testamente als Erbeinsetzungen, Vermächtnissen und Auflagen, selbst wenn sie korrespektiver Natur sind, nicht die Wirkungen der Korrespektivität beigelegt werden, ist nur eine natürliche Folge davon, daß solche Verfügungen überhaupt korrespektiv nicht sein können, gerade wie sie nach § 2278 nicht vertragsmäßig sein können. Ist eine solche Verfügung, wie z. B. die Bestellung eines Testamentsvollstreckers oder eines Vormundes, nur getroffen unter der Voraussetzung, daß eine andere Verfügung nicht widerrufen wird, so kann die Verfügung beim Widerruf der anderen event. nach § 2078 angefochten werden, ist aber dennoch keine korrespektive Verfügung und bleibt daher zunächst bestehen. Ist eine solche Verfügung aber ausdrücklich unter einer Bedingung getroffen, so wird sie mit dem Ausfall der Bedingung ja von selbst hinfällig.

Auch der Angriff gegen die Auslegungsvorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches, den Löwenwald S. 32 gegen dieselbe unternimmt, ist nicht gerechtfertigt. Die Bestimmung, daß korrespektive Verfügungen zweifellos angenommen werden sollen, wenn sich Ehegatten gegenseitig bedenken, daß mithin die eine Verfügung durch Widerruf der anderen hinfällig werden soll,

hält Löwenwald S. 25 darum für verfehlt, weil das nahe ethische Verhältnis der Ehegatten dagegen spräche, daß man ihnen von vornherein die Absicht unterstellen dürfe, dem anderen seine Zuwendung entziehen zu wollen, wenn dieser es seinerseits täte oder wenn eine solche Verfügung nichtig würde. Aus diesem Grunde sei die Bestimmung, daß Verfügungen der Ehegatten, die sich gegenseitig bedenken, von vornherein als korrespektiv angenommen werden sollten, nicht gerechtfertigt. In der Tat aber liegt ja auch eine solche Absicht der Eheleute gar nicht vor, vielmehr treffen sie ihre Verfügungen als Einheit, d. h. in Rücksicht auf die Verfügung des anderen, und die Unwirksamkeit der einen Verfügung beim Widerruf der anderen ist nur eine logisch gerechtfertigte Folge hiervon. Daß die Unwirksamkeit ausgeschlossen sein soll, können die Testierenden nur wiederum durch letztwillige Verfügung bestimmen.

Aus anderen außerhalb liegenden Umständen kann der Ausschluß der Unwirksamkeit jedoch nicht hergeleitet werden. So kann der Ausschluß der Wirkung nicht eintreten, wenn er in dem notariell beurkundeten Widerruf erklärt wird, es sei denn, daß dieser Widerruf zugleich die Form eines gemeinschaftlichen Testaments erfüllt. Vgl. auch die Beispiele, die Cosack S. 360 IV,4 anführt, sowie Planck Anm. 3b zu § 2270; Löwenwald S. 57. Die Korrespektivität kann auch eine einseitige sein, d. h. hinsichtlich der Verfügung des einen Ehegatten im Verhältnis zum anderen bestehen und umgekehrt nicht. Vgl. Planck Anm. 2; Cosack § 360 IV,3b; Staudinger S. 532 unter I.

Hervorzuheben ist, daß neben dem Widerruf nur Nichtigkeit, nicht schon bloße Unwirksamkeit der einen Verfügung, die Unwirksamkeit der anderen zur Folge hat. So kann der Widerruf einer Verfügung den Hinfall mehrerer korrespektiver Verfügungen des anderen herbeiführen. Die bewirkte Unwirksamkeit hat aber ihrerseits nicht zur Folge, daß auch die den unwirksam gewordenen Verfügungen korrespektiv errichteten Verfügungen des widerrufenden Ehegatten unwirksam werden. Vgl. das erste Beispiel Cosacks unter IV,4. Die Bemerkung Strohals Anm. 7 S. 181, daß die konkreten Umstände dafür sprechen können, daß auch schon das bloße Unwirksamwerden

der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge haben soll, kann nur so verstanden werden, daß diese Auslegung aus dem Testamente selbst entnommen wird. Sonstige Umstände können die gesetzliche Wirkung weder beschränken noch erweitern. Stirbt z. B. der bedachte Dritte vor dem Erblasser, so hat die Unwirksamkeit der einen gegenstandslos gewordenen Verfügung nicht die Unwirksamkeit der korrespektiven Verfügung zur Folge, wenn dies nicht aus dem Testament ausdrücklich hervorgeht. Auch die Ausschlagung einer Verfügung kann, wie Dernburg S. 262 annimmt, keine Nichtigkeit der korrespektiven Verfügung zur Folge haben; denn die Annahme Dernburgs, die Ausschlagung bewirke in Ansehung des Satzes, daß der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gelte, daß die Verfügung selbst nichtig würde, kann nicht geteilt werden. Vielmehr bleibt sie ihrem inneren Bestande nach gültig und wird nur wirkungslos. Der Ausschluß der Wirkung der Verfügung aber allein kann die Unwirksamkeit der korrespektiven Verfügung nicht nach sich ziehen.

Es mag noch erwähnt werden, daß Strohals Ansicht, es könnten nachträglich gemeinschaftlich Änderungen in den Text eingefügt werden, nicht geteilt werden kann, da diese Änderungen als Neuerrichtung eines gemeinschaftlichen Testaments auch dessen Form wahren müssen. Vgl. Strohal S. 330 Anm. 6. Wenn Strohal am Schluß seiner Anmerkung zugibt, daß das abweichende Orts- und Zeitdatum beigefügt werden müsse, so wird hierdurch im allgemeinen allen Anforderungen an ein neues gemeinschaftliches Testament Genüge geleistet, da die Unterschrift der Ehegatten in solchen Fällen wohl meist beigefügt zu werden pflegt. Vgl. auch Planck, Erl. 4 zu § 2267, dessen Gründe allerdings nicht stichhaltig erscheinen.

Der Widerruf gemeinschaftlicher Testamente, welche vor 1900 errichtet sind, wird nach Abs. 2 des Art. 214 des EG. z. BGB. nach den bisherigen Gesetzen beurteilt; er kann daher z. B. durch notarielles Testament auch nach 1900 erfolgen. Vgl. auch RG. Bd. 50 S. 316.

5. Widerruf durch testamentarische Verfügung im Erbvertrag nach § 2299.

Nach § 2299 kann jeder der Vertragschließenden in einem Erbvertrag einseitig jede Verfügung treffen, die durch Testament getroffen werden kann, mithin auch einen Widerruf eines früheren Testaments oder einer früheren testamentarischen Verfügung. Welches aber ist die subjektive Voraussetzung eines derartigen Widerrufs? Zum Erbvertrage bedarf es zunächst der Geschäftsfähigkeit der Vertragschließenden. Der Wortlaut des Gesetzes, das nur eine objektive Voraussetzung hat, nämlich die, daß nur solche Verfügungen einseitig getroffen werden können, die durch Testament getroffen werden können, gibt keinen Anhalt dafür, ob der Vertragschließende zu seinen einseitigen Verfügungen auch der Testierfähigkeit bedarf, denn auch der erste Satz des Abs. 2: „Für eine Verfügung dieser Art gilt das gleiche, wie wenn sie durch Testament getroffen worden wäre", spricht nicht von der Voraussetzung, sondern vielmehr von den Wirkungen der testamentarischen Verfügung, d. h.: nach der Errichtung solcher Verfügungen gelten sie wie Testamente. Die Literatur steht durchweg auf dem Standpunkt, daß der Vertragschließende hierzu der Testierfähigkeit bedarf: Planck Anm. 2 zu § 2299; Staudinger Anm. 2 zu zit. Paragraph; Frommhold S. 268; Cosack § 361; Strohal S. 356 unter IV. Sie stützt sich darauf, daß durch den § 2299 nur eine formale Vereinigung von letztwilliger Verfügung und Erbvertrag ermöglicht sei, mithin solche Verfügungen in jeder Weise als Testamente behandelt werden müßten. Nur Kipp ist anderer Ansicht und schaltet die Testierfähigkeit in diesen Fällen aus. Das hätte zur Folge, daß z. B. der beschränkt Geschäftsfähige in einem Erbvertrage auch testamentarische Verfügungen treffen kann: Windscheid-Kipp S. 327. In der Tat kann eine solche Entscheidung sachlich nicht angemessen sein. Aber wenn auch Strohals schroffe Ablehnung der Kippschen Ansicht, daß sie jeden Anhalts im Gesetz entbehre, nicht geteilt werden kann, indem das Gesetz auch für die von Strohal vertretene Ansicht durchaus keinen Anhalt gibt,

so muß doch daraus, daß das Gesetz im § 2299 gestattet, in der Form des Erbvertrages letztwillige Verfügungen zu treffen, die ihrer Natur nach dem Erbvertrage eigentlich fremd sind und über ihn hinausgehen, indem sie keine Verfügungen unter Lebenden mehr vorstellen, sondern einseitige Verfügungen von Todes wegen sind, gefolgert werden, daß auch die Voraussetzungen hierzu nicht mehr die Voraussetzungen sind, unter denen ein Vertrag geschlossen werden kann, sondern solche, unter denen eine Testamentserrichtung erfolgt. Im übrigen aber müssen solche Verfügungen nach erbvertraglichen Grundsätzen beurteilt werden. Wird daher der Erbvertrag nichtig, so können auch die einseitigen Verfügungen nicht bestehen bleiben, es sei denn, daß sie die Form von Testamenten wahren, welches nur selten der Fall sein wird, da ja gemeinschaftliche Testamente nur unter Ehegatten gestattet sind und die Verfügungen daher nur dann gültig bleiben könnten, wenn sie nur von einer Seite erfolgt sind, und in diesem Falle regelmäßig der Form des eigenhändigen Testaments genügen werden: vgl. auch Strohal Anm. 26 Beispiele 2 und 3 zu § 44 IV. Wird jedoch der Erbvertrag nur aufgehoben, entweder durch Ausübung des Rücktrittsrechts oder durch Vertrag, so bleiben die letztwilligen Verfügungen bestehen, wenn es der Erblasser mutmaßlich gewollt hat: § 2299 Abs. 3. Im übrigen aber muß die Ansicht, die z. B. Endemann S. 246 Nr. 3 zu § 57 vertritt, daß der Erbvertrag ausschließlich einseitige letztwillige Verfügungen zum Inhalte zu nehmen vermöge, abgelehnt werden, da zum Begriffsmerkmal des Erbvertrages eine vertragsmäßige Einigung der Parteien gehört und daher ein Erbvertrag, in dem beide Teile nur letztwillige Verfügungen treffen, gar kein Erbvertrag sein kann: so auch Wilke Anm. 4 zu § 2265; Planck und andere. Die Möglichkeit, die der Abs. 3 des § 2299 offen hält, daß trotz der Unwirksamkeit des Erbvertrages gültige testamentarische Verfügungen in Form des Erbvertrages ausschließlich zurückbleiben, ist dadurch begründet, daß eine gültige Errichtung des Erbvertrages vorausgegangen ist und dieser Vertrag nur dem Willen der Parteien gemäß seine Wirksamkeit verliert, d. h. in der Form bestehen bleibt und nur seinem Inhalte nach widerrufen wird.

Ob sich dieser Widerruf — durch Ausübung des Rücktrittsrechts oder durch Vertrag — auch auf die testamentarischen Verfügungen bezieht, bestimmt sich naturgemäß nach dem Willen des Erblassers. Aber auch dann, wenn die gültige Errichtung des Erbvertrages außer Frage steht und die vertragsmäßigen Verfügungen später, vielleicht etwa durch den Tod des vertragsmäßig Bedachten, ihre Wirksamkeit verlieren, muß als gültig angesehen werden, daß testamentarische Verfügungen allein übrig bleiben. Die Ansicht Strohals Beispiel 1 in Anm. 26 zu § 44 IV, daß die Auslegung im konkreten Falle zu einem anderen Ergebnis führen könne, kann diesseits nicht geteilt werden, denn der Wille des Erblassers kann gemäß Abs. 3 des § 2299 nur dann in Betracht kommen, wenn der Vertrag seinem Willen gemäß aufgehoben ist, mithin streitig sein kann, ob diese Aufhebung sich auf die letztwilligen Verfügungen mit bezieht oder nicht, nicht aber, wenn die Unwirksamkeit des einen Teiles des Vertrages unabhängig von dem Willen des Erblassers erfolgt ist und sich nur fragt, ob formell die Gültigkeit des übrigbleibenden Teiles sich rechtfertigen läßt, wenn dieser nur in einseitigen letztwilligen Verfügungen besteht. Dieser Gültigkeit steht dann nichts im Wege, weil der Vertrag nicht als von Anfang an nichtig anzusehen ist, sondern nur lediglich seine Wirksamkeit hinterher einbüßt. Strohal in Anm. 26 a. a. O. meint, daß die testamentarischen Verfügungen auch dann aufrechterhalten werden können, wenn die vertragsmäßigen nichtig sind (Beispiel 4). Diese Ansicht kann von uns nicht geteilt werden; denn wenn der Vertrag nichtig wird, so können auch testamentarische Verfügungen, die nur der Form des Erbvertrages genügen, nicht gültig bleiben, indem der Erbvertrag eines wesentlichen Bestandteiles nunmehr entbehrt.

Daß durch die Vorschrift des Abs. 3 des § 2299 die gesetzliche Bestimmung, daß gemeinschaftliche Testamente nur von Ehegatten errichtet werden können, umgangen werden kann, indem zwei Erblasser ein gemeinschaftliches Testament in Form eines Erbvertrages errichten und eine vertragsmäßige Verfügung hinzufügen, von der sie nach Belieben zurücktreten können, ist richtig. Im Grunde aber liegt es näher zu fragen, warum über-

haupt das Gesetz die Beschränkung der Errichtung von gemeinschaftlichen Testamenten auf Ehegatten vorgenommen hat, die nur als Überbleibsel aus vergangener Zeit erscheint. Selbstverständlich kann aber ein in der eben beschriebenen Weise errichteter Erbvertrag nur gültig sein, wenn die vertragsmäßige Verfügung wirklich angestrengt und nicht zum Schein errichtet ist; denn im letzteren Falle würde gar kein Erbvertrag vorliegen und die testamentarischen Verfügungen mit dessen Nichtigkeit zusammenfallen.

C. Wirkung des Widerrufs.

a) Eines nicht gemeinschaftlichen Testaments.

Die Wirkung des Widerrufs ist die Aufhebung der letztwilligen Verfügung. Diese Aufhebung bedeutet keine Nichtigkeit, sondern nur eine relative Unwirksamkeit der Verfügung. Diese Unwirksamkeit wird durch den Widerruf des Widerrufs gehoben, so daß die widerrufene erste Verfügung wieder auflebt, da die Unwirksamkeit der ersten Verfügung an das Bestehen der widerrufenden Verfügung gebunden ist. Dies gilt jedoch nur für den Widerruf eines durch Testament widerrufenen Testaments, der anderweit erfolgte Widerruf ist unwiderruflich. Ist der Widerruf durch Erbvertrag erfolgt, so findet der § 2257 darum Anwendung, weil der Widerruf durch Erbvertrag nur eine nach § 2299 zu beurteilende einseitige testamentarische Verfügung darstellt, für die das gleiche gilt, wie wenn sie durch Testament getroffen wäre. Ein durch Testament erfolgter Widerruf kann daher dadurch unwiderruflich gemacht werden, daß das widerrufene Testament später zerrissen wird. Das folgt daraus, daß auch der Testamentswiderruf das widerrufene Testament nicht nichtig, sondern nur unwirksam macht, mithin einem zweiten Widerrufe keine Bedenken entgegenstehen.

Die von Frommhold Anm. 2 zu § 2258 für die Unanwendbarkeit des § 2257 angeführte Begründung, daß die Voraussetzungen der Anwendbarkeit nebeneinander bestehen müssen, jedoch zwei formell gültige Verfügungen fehlen, ist allerdings

nicht stichhaltig, da die Vernichtung eines Testaments dessen formelle Gültigkeit gar nicht berührt. Da jedoch, wie Planck Anm. 1 zu § 2257 sagt, die Widerrufsabsicht bei Vernichtung der Urkunde fortbestehen kann, kann das in dieser Absicht zerrissene Testament nicht wiederaufleben.

Es ist noch zu fragen, inwieweit der § 2557 zwingende Vorschriften enthält. Planck meint S. 481, das Ergebnis des zitierten Paragraphen könne durch eine ausdrücklich kundgegebene oder aus den Umständen zu entnehmende entgegengesetzte Willensmeinung des Erblassers nicht abgeändert werden, wohl aber bemesse sich der Umfang des Widerrufs nach dem Willen des Erblassers. Böhm S. 199 verficht gerade den entgegengesetzten Standpunkt, ebenso Staudinger IV zu zitiertem Paragraph. Richtig ist wohl so zu entscheiden: der zitierte Paragraph enthält zwar, wie auch Planck meint, eine an sich klare Anwendungsvorschrift. Der Erblasser kann aber selbstverständlich das Ergebnis des zitierten Paragraphen durch eine letztwillige Verfügung ausschließen: sein Widerruf kann ein teilweiser sein, so daß einzelne Verfügungen des ursprünglichen Testaments widerrufen bleiben, oder auch das ursprüngliche Testament kann ganz widerrufen werden. Dies könnte z. B. der Fall sein, wenn der Erblasser, der in einem Testamentswiderruf den Erben nur zur Hälfte des ihm ursprünglich Zugewendeten eingesetzt hat, diesen Widerruf widerruft und zugleich das ursprüngliche Testament gänzlich aufhebt. Der Beweis, daß der Erblasser die gesetzliche Wirkung des zitierten Paragraphen habe ausschließen wollen, ist jedoch nur aus dem letzten Widerruf selbst zu führen, d. h. außerhalb liegende Umstände, wie ein Brief des Erblassers, können zwar für die Auslegung des Inhalts des Widerrufs in Betracht kommen, nie aber an sich die ausschließende Wirkung herbeiführen, wenn nicht, wie dies z. B. bei einem Briefe leicht möglich ist, die Form einer letztwilligen Verfügung gewahrt ist.

b) Eines gemeinschaftlichen Testaments.

Eine Zurücknahme des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testaments ist, wie aus der Form des Widerrufs nach all-

gemeinen Grundsätzen hervorgeht, nicht möglich. Das widerrufene Testament ist daher unwiderruflich aufgehoben und kann nur durch Neuerrichtung wiederhergestellt werden. Das geht auch aus dem Wortlaut des § 2257 hervor: Nur der Widerruf des durch Testament erfolgten Widerrufs läßt die frühere Verfügung wiederaufleben.

III. Aufhebung durch neue Testamentserrichtung.

Nicht, wie Cosack S. 639 meint, dadurch unterscheidet sich der Widerruf von der Aufhebung durch neues Testament, daß ersterer rein negativ wirkt, während letzterer mit neuen positiven Anordnungen des Erblassers verbunden sein kann, vielmehr hat der Widerruf mit der Aufhebung, wie schon früher gesagt, an sich nichts zu tun. Die Aufhebung durch neues Testament enthält keinen Widerruf in sich. Der Widerrufswille des Erblassers gehört nicht zum Tatbestand. Widerruf bedeutet eine Handlung des Erblassers, Aufhebung die Wirkung dieser Handlung. So bedeutet auch hier die Aufhebung lediglich eine Wirkung, und zwar die Wirkung der Errichtung eines neuen Testaments auf das frühere Testament. Der § 2258 bestimmt die Aufhebung derjenigen früheren Verfügungen, die mit späteren Verfügungen im Widerspruch stehen. Daß nach dem Gesagten nicht, wie Planck Anm. 1 zu § 2258 meint, über Aufhebung oder Aufrechterhaltung der früheren Verfügung der Wille des Erblassers entscheide, ergibt sich eben daraus, daß hier nur von den Folgen einer neuen gültigen Testamentserrichtung die Rede ist. Wohl aber kann in der neuen Verfügung des Erblassers ein Widerruf zu erblicken sein, der aber nicht aus anderen Umständen, sondern nur aus dem Testamente selbst gefolgert werden kann; denn das Bürgerliche Gesetzbuch läßt stillschweigende wie ausdrückliche Willenserklärungen zu.

In einem solchen stillscheigenden Widerruf muß ein formell gültiger Widerruf erblickt werden, was mancherlei Konsequenzen nach sich ziehen kann, wie z. B. daß die spätere Verfügung wider-

rufen werden kann, ohne daß anzunehmen ist, daß auch der in dieser Verfügung liegende Widerruf widerrufen ist; mithin trotz des Abs. 2 des § 2258 die erste Verfügung nicht wiederauflebt, da der Widerruf dieser Verfügung noch gültig ist. Hierdurch ist auch die Frage entschieden, inwiefern der Wille des Erblassers auf die Wirksamkeit der ersten Verfügung von Einfluß sein kann, falls die spätere Verfügung gemäß Abs. 2 des § 2258 widerrufen wird. So sagt Dernburg S. 110 unter III: „dies — d. h. Abs. 2 des zitierten Paragraphen — kann aber nur für den Fall gelten, daß kein anderer Wille des Erblassers erhellt, denn im Testamentsrecht herrscht der Wille des Erblassers.“ Das ist allerdings nur im gemeinen Recht absolut gültig, denn wie im § 2256 oder im § 2257 Wirkungen eintreten können, die der Erblasser nicht gewollt hat, so wird auch hier eine frühere Verfügung aufgehoben, wenn sie mit der späteren im Widerspruch steht, und wieder gültig, wenn die spätere widerrufen wird, ob der Erblasser dieses beabsichtigt hat oder nicht. Es kann eben nur in dem zweiten Testament zugleich ein Widerruf der ersten Verfügung liegen, welcher durch die spätere dritte Testamentserrichtung nicht berührt wird, oder auch, es kann stillschweigend oder ausdrücklich in dem dritten Testament als letztwillige Verfügung die Bestimmung enthalten sein, daß das erste Testament durch den Widerruf des zweiten nicht wiederaufleben soll.

Das von Cosack S. 639 unter IV erwähnte Beispiel ist demnach im allgemeinen zutreffend. Cosack erzählt hier, daß ein 22jähriger Junggeselle seine Freundin M als Erbin einsetzt, nach 3 Jahren aber heiratet und seine Frau einsetzt, nach dem Tode seiner Frau nach 30 Jahren die Stadt N als Erbin einsetzt und nach weiteren 10 Jahren dieses Testament widerruft in der Meinung, daß seine Erbschaft nunmehr an seine gesetzlichen Erben fallen würden. Cosack sagt: „Er irrt sich aber, seine Erbin wird vielmehr kraft des ersten Testaments seine einstige Freundin M.“ Das ist jedenfalls richtig, wenn der Erblasser jedesmal sein Testament völlig widerruft. Es muß jedoch geprüft werden, ob in dem zweiten Testament, in dem der Erblasser seine Ehefrau einsetzt, nicht neben der durch die Einsetzung

bewirkten Aufhebung zugleich ein Widerruf des ersten Testaments gesehen werden kann und ob der Erblasser nach dem Tode seiner Frau nicht die Stadt N eingesetzt hat, ohne sein zweites Testament zu widerrufen. Denn in diesem Falle würde das zweite Testament, abgesehen davon, daß seine Erfüllung unmöglich ist, nur durch den Widerspruch mit dem dritten ungültig werden, aber der in dem zweiten Testament enthaltene Widerruf des ersten Testaments bestehen bleiben. Unter diesen Umständen wird seine Erbschaft nach dem Widerruf des dritten Testaments in der Tat an seine gesetzlichen Erben fallen, was natürlich auch dann der Fall ist, wenn aus dem letzten Testamente die Einsetzung seiner gesetzlichen Erben als stillschweigende letzte Verfügung aus irgend einem Umstande erblickt werden kann.

Das frühere Testament wird durch die Errichtung eines späteren Testaments aufgehoben, soweit es mit dem späteren in Widerspruch steht; folglich wird es nur dann nicht aufgehoben, wenn das spätere Testament in der Weise ungültig wird, daß seine Errichtung als ungültig angesehen werden muß, resp. daß es als nicht errichtet gelten kann. Ein nach §§ 2249, 2250, 2251 errichtetes Testament bewirkt daher durch Zeitablauf das Wiederaufleben der früheren Verfügung gemäß der ausdrücklichen Bestimmung des § 2252. Ebendasselbe muß von dem wirksam angefochtenen Testament gelten, da dasselbe nach § 142 als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Aber wo keine Nichtigkeit mit rückwirkender Kraft vorliegt, sondern wo zwar das Testament unwirksam wird, aber doch als gültig errichtet angesehen werden muß, bewirkt es auch nicht das Wiederaufleben der früheren Verfügung. Daß die frühere Verfügung daher nicht wiederhergestellt wird, wenn der Bedachte vor dem Erbfall stirbt, ist unzweifelhaft. Vgl. auch Planck Anm. 2 zu zitiertem Paragraph; Strohal S. 313.

Zweifelhaft ist jedoch, ob eine nach § 2077 unwirksam gewordene Verfügung zugunsten des Ehegatten, ferner ob ein nach § 2268 unwirksam gewordenes gemeinschaftliches Testament die Aufhebung des früheren Testaments weiter bewirkt oder nicht. Planck Anm. 2 meint, ein solches Testament könne die Aufhebung einer früheren Verfügung nicht mehr bewirken.

Die Richtigkeit dieser Ansicht muß bestritten werden; denn der § 2077 ist nicht mehr als eine Auslegungsvorschrift. Nur im Zweifel soll eine dem Ehegatten gemachte Zuwendung unwirksam sein, wenn der Bedachte beim Erbfall mit dem Erblasser nicht mehr in gültiger Ehe gelebt hat. Der Wille des Erblassers für Aufrechterhaltung der Verfügung Abs. 3 bewirkt keine Unwirksamkeit; eine Nichtigkeit des Testaments, wie Endemann S. 202 meint, kann daher im Fall des § 2077 keinesfalls bewirkt werden, sondern nur eine im Sinne des Erblassers liegende und von diesem stillschweigend als gewollt angenommene Aufhebung der Verfügung. Da diese aber die gültige Errichtung gar nicht außer Zweifel setzt, die Verfügung nur als aufgehoben, aber keinesfalls als nicht errichtet gelten kann, so liegt ein Grund für die Nichtanwendung des Abs. 1 zu § 2258, der hier nicht die gültige Wirksamkeit, sondern nur die gültige Errichtung eines Testaments für die Aufhebung einer früheren Verfügung fordert, nicht vor.

Im allgemeinen bleibt das Testament auch jedenfalls aufgehoben, wenn der Erblasser ein späteres Testament unter einer Bedingung errichtet hat, die Bedingung aber ausfällt; denn die gültige Errichtung des späteren Testaments wird durch die nachträgliche Unwirksamkeit nicht berührt; aber es muß auch geprüft werden, ob der Erblasser von Anfang an für den Ausfall der Bedingung sein Testament überhaupt als nicht errichtet angesehen wissen will und daher das frühere Testament wiederaufleben wird, oder ob die gültige Errichtung weiter wirken soll, d. h. das erste Testament aufgehoben bleiben soll.

Mehrere Testamente gleichen Alters, sowie Testamente, bei denen nicht festgestellt werden kann, welches später als das andere errichtet ist, werden durch diesen Paragraph nicht berührt, denn nur ein früheres Testament kann durch ein anderes aufgehoben werden; soweit daher solche Testamente widersprechende Bestimmungen enthalten, sind sie ihrer Unmöglichkeit wegen nichtig. Für die Nichtigkeit solcher Testamente den Ausdruck Aufhebung zu gebrauchen, wie es Planck Anm. 4 zu zit. Paragraph tut, ist daher ungenau und kann zu schiefen Ergebnissen führen. Z. B.: A setzt in verschiedenen

gleichzeitigen Testamenten den B und den C zugleich auf einen bestimmten Gegenstand als Erben ein. Er meint, er habe diesen Gegenstand dem C hinterlassen und widerruft die Einsetzung des C in der Absicht, den Gegenstand seinen gesetzlichen Erben zu hinterlassen. Hätten die beiden Einsetzungen sich aufgehoben, so würde die dem B gemachte Zuwendung durch den Widerruf der ihr widersprechenden Verfügung wiederaufleben. Das ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr waren schon beide Einsetzungen vor dem Widerruf der Einsetzung des C nichtig. Der Widerruf konnte keine Rechtswirkung haben und demnach auch das Wiederaufleben der eigenen Verfügung nicht bewirken. Steht fest, daß der Erblasser die eine Verfügung gelten lassen wollte, die andere aber nicht, so unterliegt diese letztere der Anfechtung nach § 2078. Die hierdurch eingetretene Nichtigkeit der einen Verfügung hat dann allerdings die Gültigkeit der dieser widersprechenden anderen Verfügung zur Folge, weil die nichtige Verfügung als von Anfang an nicht errichtet angesehen werden muß und der gültigen Errichtung der anderen Verfügung nun nichts mehr im Wege steht.

IV. Aufhebung durch Erbvertrag.

Der Abs. 2 des § 2278 bestimmt, daß andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen vertragsmäßig nicht getroffen werden können. Es ergibt sich daraus, daß der Widerruf eine vertragsmäßige Verfügung nicht sein kann. Es kann sich daher ein Widerruf im Erbvertrage nur als testamentarische Verfügung nach § 2299 befinden.

Hingegen kann eine frühere testamentarische Verfügung von dem Erblasser durch Erbvertrag aufgehoben werden; die Aufhebung tritt jedoch nicht nur ein, wenn die spätere vertragsmäßige Verfügung mit der früheren testamentarischen Verfügung im Widerspruch steht, sondern schon dann, wenn die frühere Verfügung das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde. Durch die Bestimmung des § 2289 ist daher die Vorschrift des § 2258,1 erweitert. Demgemäß findet z. B. die Vorschrift des § 2161, daß ein Vermächtnis wirksam bleibt, auch

wenn der Bedachte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, nur noch insofern Anwendung, als sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten ungeschmälert läßt, oder wenn anzunehmen ist, daß der Bedachte mit der Aufrechterhaltung des früheren Vermächtnisses stillschweigend einverstanden gewesen ist. Vgl. Neumann § 2289 zu 1a u. a.

Testamentarischen Grundsätzen entsprechend leben die aufgehobenen Verfügungen wieder auf, wenn die aufhebende Verfügung zum Wegfall kommt, mithin stets nach Rücktritt vom Erbvertrage gemäß §§ 2293, 2294, 2295 und nach Aufhebung des Vertrages gemäß §§ 2290, 2291, 2297. Ob sonstige Umstände, welche die Unwirksamkeit des Vertrages bewirken, wie Tod des vertragsmäßig Bedachten, Wegfall einer Bedingung usw., das Wiederaufleben der früheren Verfügung bewirken, bestimmt sich ebenfalls nach testamentarischen Grundsätzen, welche schon früher erläutert sind. Von einer Beeinträchtigung des vertragsmäßig Bedachten kann nach dessen Tode natürlich keine Rede mehr sein. Ob aber nicht nach § 2258,1 beim Bestehen eines Widerspruches des Erbvertrages mit der früheren Verfügung die „Errichtung“ des Erbvertrages dem Wiederaufleben entgegensteht und das Wiederaufleben der früheren Verfügung durch Gründe allein, die nur die Ausführung des Vertrages ausschließen, ohne ihn nichtig zu machen, bewirkt werden kann, ist zum mindesten zweifelhaft.

Streng unterschieden werden muß die Aufhebung der früheren Verfügung von der Unwirksamkeit einer später errichteten Verfügung, denn spätere Verfügungen, welche, wenn sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen, nach Satz 2 des § 2289,1 unwirksam werden, müssen von Anfang an als nicht errichtet angesehen werden, da sie schon im Augenblick der Errichtung unwirksam werden, weshalb auch ein Wiederaufleben einer solchen Verfügung, die noch gar nicht zu Recht bestanden hat, nicht stattfinden kann. Andererseits aber findet auf spätere Verfügungen der § 2289 ausschließlich Anwendung, nicht etwa auch der § 2258,1: Das heißt, die spätere Verfügung ist nur insoweit unwirksam, als durch sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigt wird. Daraus folgt, daß nach dem

Tode des Bedachten der Erblasser derartige Verfügungen stets unbeanstandet treffen kann, da es zu beeinträchtigende Rechte eines Toten nicht gibt.

Auf ein früher errichtetes gemeinschaftliches Testament, an das der Erblasser gebunden ist, findet die Bestimmung des § 2289 auch dann keine Anwendung, wenn der Erblasser sein Testament nach § 2271,1 noch widerrufen kann; denn die Bestimmung des § 2271 Abs. 1 und 2, daß der Widerruf einer korrespektiven Verfügung einseitig nicht erfolgen kann, steht dem entgegen. Nur wenn der Erbvertrag von denselben Personen geschlossen wird, die das gemeinschaftliche Testament errichtet hatten, kann daher eine Aufhebung des gemeinschaftlichen Testaments durch Erbvertrag ohne weiteres erfolgen; anderenfalls, wenn eine Verfügung des früher errichteten gemeinschaftlichen Testaments das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigt, wird dieser, wenn er zugleich Erblasser ist, den Erbvertrag nach §§ 2078, 2281 anfechten können; ist er nicht Erblasser, so hat er an der Anfechtung im allgemeinen kein Interesse.

Er kann jedoch niemals Schadensersatzansprüche nach § 307 BGB. geltend machen, da der Erbvertrag als eine vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen obligatorische Ansprüche nicht zu erzeugen vermag. Selbst wenn dem Erblasser die Möglichkeit des Widerrufs seines früheren gemeinschaftlichen Testaments nach § 2271,1 offen steht, kann der Bedachte die Vornahme des Widerrufs vom Erblasser nicht verlangen. Er kann jedoch, falls im Hinblick auf das Bestehen des Erbvertrages schon Leistungen seinerseits erfolgt sein sollten, dieselben nach § 812 BGB. kondizieren, event. aus § 823 BGB. Schadensersatz fordern.

Es mag noch darauf hingewiesen werden, daß eine im Erbvertrage befindliche Vereinbarung, den Widerruf einer früheren Verfügung nach § 2271,1 erfolgen lassen zu wollen, nach § 2302 nichtig ist; die Nichtigkeit hat nach § 2298,1 die Unwirksamkeit des ganzen Vertrages ohne weiteres zur Folge, wenn dies dem Willen der Vertragschließenden entspricht.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.